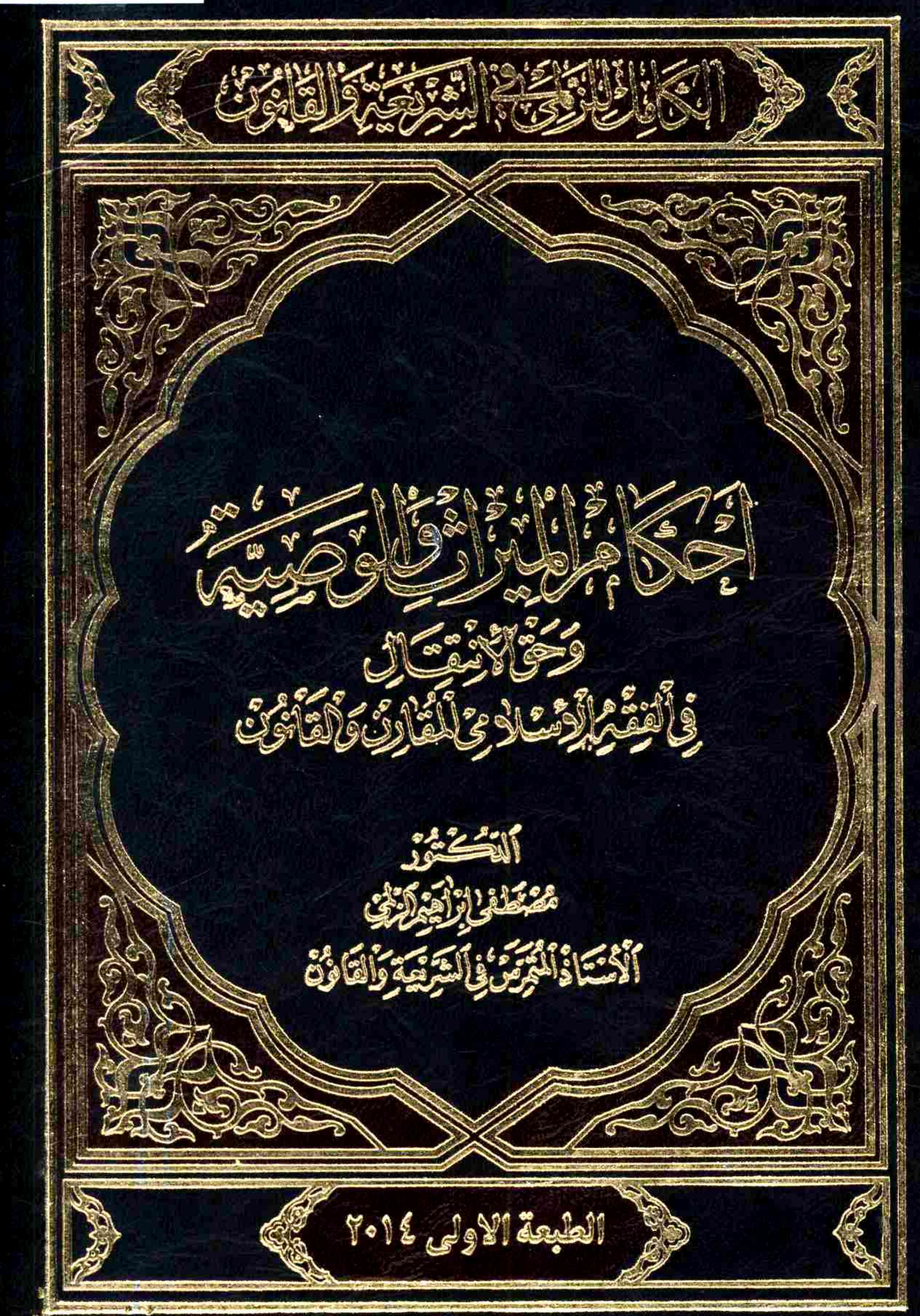

الكامل الزلمي في الشريعة والقانون
أحكام الميراث والوصية
وحق الانتقال
في الفقه الإسلامي المقارن والقانون
الدكتور
مصطفى إبراهيم الزلمي
الأستاذ المتمرس في الشريعة والقانون
الطبعة الاولى ٢٠١٤

أحكام الميراث والوصية وحق الانتقال
في الفقه الإسلامي المقارن والقانون

تأليف

الدكتور مصطفى ابراهيم الزلمي

الأستاذ المتمرس في الشريعة والقانون



أحكام الميراث والوصية وحق الانتقال في الفقه الإسلامي والقانون

تأليف : البروفيسور مصطفى ابراهيم الزلمي
الناشر: نشر احسان للنشر و التوزيع
الطبعة الأولى ٢٠١٤ - ١٤٣٥
مدير المشروع: ريدار رؤوف احمد
تصميم : جمعة صديق كاكه
المشرف على الطبع: ياسر يعقوبي
رقم الإيداع : ٨٣١- ٢٠١٢
رقم الدولي (ISBN) للمجموعة:
978-964-349-006-2
رقم الدولي (ISBN) للكتاب:
978-964-349-020-8

الموقع: http://zalmi.org/arabic
الايميل: dr.alzalmi@gmail.com
فيسبوك: facebook.com/dr.alzalmi

دار نشر احسان
للنشر و التوزيع

ايران - طهران
شارع انقلاب امام جامعة
طهران مجتمع فروزنده
رقم ٤٠٦

تلفن: ٠٠٩٨٢١٧٧٥١٤٢٥٥
فاكس:٠٠٩٨٢١٧٧٥١٤٢٥٤

www.nashrehsan.com

الفهرس

القسم الأول

أحكام الميراث

﴿لِلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ ٱلْوَٰلِدَانِ وَٱلْأَقْرَبُونَ وَلِلنِّسَآءِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ ٱلْوَٰلِدَانِ وَٱلْأَقْرَبُونَ مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرَ ۚ نَصِيبًا مَّفْرُوضًا ۝٧﴾

سورة النساء/٧

(من ترك مالاً أو حقا فلورثته)

رواه ....



المقدمة

الإرث نظام فطري يستجيب لمقتضيات الغريزة الإنسانية التي تجعل الإنسان يميل فطريا إلى ان تنتقل آثاره المادية والمعنوية من بعده إلى من يخلفه من ولد أو حفيد أو أي قريب. وقد يكون مبعثها شعوره بأن هؤلاء هم امتداد لحياته من بعده وقد أقر هذا الميل الفطري من الشرائع المختلفة عبر التأريخ والى يومنا هذا واختلفت في تنظيمه.

ولكن الشريعة الإسلامية تميزت من بينها بتنظيم دقيق لقواعده (أي الإرث) راعت فيه دواعي الغريزة ومقتضيات الطبيعة التكوينية للجنسين

(الذكر والأنثى) في ضوء ماحددته لهما من تبعات ووظائف وحقوق. ومما يلاحظ من بعض التفاوت الكمي، وفقدان المساواة العددية في ميراث الذكر والأنثى من الشريعة يعود إلى حكمة التوازن الحقيقي الذي يراعي كل الاعتبارات لتحقيق العدل الموضوعي فيه.

ولأهمية نظام الأسرة وتوثيقها بقواعد الشرع الحنيف فيما يخص تماسكها وتضامنها وتعاونها فيما بينها: جاء القرآن الكريم مفصلا فيه بصورة عامة وفي الإرث بصورة خاصة لا مجملا كما هو السمة الغالبة في البيان القرآني للأحكام ومع ان القرآن الكريم والسنة النبوية قد تكفلا ببيان الأحكام التفصيلية للارث فقد تراكم في مسيرة اجتهاد الفقهاء في فهمها تراث فقهي ضخم توزع على عدة مذاهب واجتهادات في المسائل التي تقبل الاجتهاد.

ومن واجبنا ان نبين لطلابنا في كليات القانون والشريعة وغيرهم الخطوط التفصيلية لهذه القواعد، والملامح العامة للاجتهادات الفقهية التي حفظتها مراجع الفقه الإسلامي بمذاهبه العديدة بالقدر الذي يمكنهم من فهم قانون الأحوال الشخصية العراقي النافذ المستمد من الشريعة الإسلامية، ومن استخراج الرأي الفقهي من المراجع المختلفة في الحالات التي سكت عنها المشرع في القانون آنف الذكر.

وقد نهجنا في ذلك منهجا خاصا اساسه مراعاة الترتيب المنطقي في انتقال التركة بحيث يكون السابق تمهيدا للاحق واللاحق مكملا للسابق فوزّعنا الموضوعات على ابواب ثلاثة:

الباب الأول - مقدمات انتقال التركة إلى الورثة.

الباب الثاني - الورثة وكيفية توريثهم.

الباب الثالث - كيفية توزيع التركات.

ومن المفيد قبل الدخول في الموضوع، التعريف ببعض المصطلحات والرموز الفقهية الخاصة بعلم الميراث تسهيلا للفهم وتقريبا للاذهان.

المصطلحات الشرعية في علم الميراث

يقصد بالمصطلحات الآتية المعاني الموضحة امام كل واحد منها [1].

الميراث: هو خلافة اجبارية للوارث في مال مورثه أو في حق قابل للخلافة.

الوارث: هو من يستحق تركة المتوفى كلها أو بعضها عن طريق صلة القرابة أو الزوجية أو الولاية العامة – كما في الدولة -.

المورّث: هو المتوفى الذي ترك مالا أو حقا قابلا للارث.

الموروث (التركة): هو ما يتركه الميّت من مال أو حق قابل للخلافة.

السبب: هو ما يلزم من وجوده وجود الحكم ومن عدمه عدمه (وأسباب الميراث اثنان – القرابة والزواج الصحيح).

المانع: هو مايلزم من وجوده عدم ترتب الحكم على سببه (قتل الوارث لمورّثه واختلافهما في الدين من موانع الميراث).

الفرض: هو نصيب من التركة مقدر شرعا للوارث وجمعه فروض كالنصف والثلث والربع والسدس..

صاحب الفرض: هو الوارث الذي حددت نسبة حصته من التركة بالشرع، وجمعه اصحاب الفروض.

العاصب: هو وارث لم تحدد نسبة حصته من التركة بالشرع.

العاصب بنفسه: هو كل ذكر لايدخل في نسبته إلى الميّت انثى ولايحتاج في التعصيب إلى غيره. (كالابن وابن ابنه والاخ الشقيق وابنه).

العاصب بالغير: هو كل انثى صاحبة فرض تحتاج في التعصيب إلى غيرها (كالبنت تصبح عصبة بواسطة الابن والأخت بواسطة الاخ).

العاصب مع الغير: هو كل انثى صاحبة فرض تحتاج في التعصيب إلى غيرها ولاتشاركه في العصوبة. (كالأخت الشقيقة أو لأب إذا اجتمعت مع بنت المتوفى أو بنت ابنه عند جمهور الفقهاء).

---

[1] رتبت هذه المصطلحات بحسب تسلسل ورودها في الموضوع دون رعاية الترتيب في الحروف الابجدية.

ذو الرحم: هو كل وارث بالقرابة ليس بعاصب ولا صاحب فرض وجمعه ذوو الأرحام كالخال والخالة وأولادهما.

الجد العصبي[1]: هو الاصل الذي لايدخل في نسبته إلى الميّت انثى كأب الأب وان علا.

الجد الرحمي[2]: هو الاصل الذي يدخل في نسبته إلى المتوفى انثى كأب الأم وان علت.

الجدة الابوية[3]: هي التي لايتوسط بينهما وبين المتوفى جد رحمي كأم الأب

الجدة الرحمية[4]: هي التي توسط بينهما وبين المتوفى جد رحمي كأم أب الأم

الكلالة: هي قرابة الحواشي والميراث عن طريق الأخوّة (لاعن طريق الابوة والبنوة) وبوجه خاص الإخوة والأخوات لأم.

الأخت ش: الأخت الشقيقة أي اخت المتوفى من ابويه.

الأخت ب: الأخت لأب أي اخت المتوفى من ابيه.

الأخت م: الأخت لأم أي اخت المتوفى من امه.

ولد الزنا: هو من لم يثبت له نسب بعقد زواج صحيح.

ولد اللعان: هو من ولد على فراش الزوجية وانكر الزوج بنوّته وحكم القاضي بنفي نسبه.

أصل المسألة: هو اقل عدد يمكن ان تؤخذ منه سهام الورثة بدون الكسر.

تصحيح المسألة: هو تعديل اصل المسألة بعدد آخر أكثر أو اقل بحيث يمكن ان تؤخذ منه سهام الورثة بدون الكسر.

الفرع الوارث: هو عند جمهور الفقهاء ابن المتوفى وابنته وأولاد ابنه وان نزل ذكورا وإناثا. وعند فقهاء الإمامية هؤلاء مع أولاد البنت وان نزلت وأولاد بنت الابن وان نزل.

العول: هو الزيادة في عدد الأسهم والنقص في مقدارها (عند الحاجة).

الرد: هو بعكس العول نقص في عدد الأسهم وزيادة في مقدارها.

---

[1] التعبير المشهور في المراجع الفقهية هو الجد الصحيح واقترح إهماله لان كل جد شرعي صحيح سواء كان من جانب الأب أو من جانب الأم.

[2] المشهور في المراجع الفقهية هو(الجد الفاسد) وهو اطلاق فاسد يجب إهماله كليا.

[3] المشهور في المراجع الفقهية هو (الجدة الصحيحة) فمن المفضل ترك هذا المصطلح لان كل جدة شرعية صحيحة.

[4] المشهور في المراجع هو (الجدة الفاسدة) فمن الضروري اهمال هذا المصطلح الفاسد لان الدين الحنيف يأبى هذا الاستعمال أيا كان قصد المستعمل.

الحجب: هو منع الوارث من الميراث بوارث آخر اقوى منه قرابة كمنع الاخ من الميراث بالابن أو باستغراق اصحاب الفروض للتركة.

حجب الحرمان: هو المنع الكلي من الميراث

حجب النقصان: هو منع الوارث من اوفر حظيه[١].

الحجب بالاستغراق: هو حرمان الوارث العاصب باستغراق اصحاب الفروض للتركة [٢].

المحجوب: هو وارث حُرم من الميراث بوارث اقوى قرابة أو بالاستغراق.

الحرمان[٣]: هو منع شخص من الميراث مع وجود سببه من زواج وقرابة، وذلك لوجود مانع من موانع الميراث، كالقتل وإختلاف الدين.

المفقود: هو من انقطع خبره ولايدرى حياته ولا موته.

الخنثى: هو انسان شاذ غير اعتيادي له عضوا الذكورة والانوثة أو هو عري عنهما.

التخارج: هو الاتفاق بين الورثة على خروج احدهم أو أكثر من التركة مقابل بدل يدفع له منها أو من غيرها.

المناسخة: انتقال نصيب بعض الورثة قبل توزيع التركة إلى من يرثه منه.

الرموز:

م = محجوب	الأخت ش = الأخت الشقيقة
ق = الباقي	الأخت ب = الأخت للاب
ق.ع = الباقي تعصيبا	الأخت م = الأخت لام
ق.ق = الباقي قرابة	
ك = كل التركة	

---

[١] كحجب الأم من الثلث الى السدس وحجب الزوج من النصف الى الربع وحجب الزوجة من الربع الى الثمن بالفرع الوارث للمتوفى.

[٢] إذا توفيت امراة عن زوج واخت شقيقة واخ لاب، للزوجة نصف التركة وللاخت نصفها الباقي ولايبقى شيء للاخ من الأب ويقال انه محجوب بالاستغراق. أي استغراق الورثة من اصحاب الفروض للتركة.

[٣] الفرق بين المحجوب وبين المحروم من الميراث بمانع من الميراث ان الثاني يعتبر بمثابة المعدوم فليس له أي تأثير على بقية الورثة بخلاف المحجوب فأنه رغم حجبه قد يؤثر على الورثة الأخرين في نصيبهم. وعلى سبيل المثل من توفي عن أم وأخوين من أم وجد عصبي(أب الأب) والأخوان محجوبان بالجد، ورغم ذلك يحجبان الأم من الثلث إلى السدس حجب نقصان، أما إذا كان الأخوان مشتركين في قتل المتوفى فإنهما لا يحجبان الأم، بل تأخذ الثلث الكامل.



الباب الأول

مقدمات انتقال التركة

ويتضمن فصلين:

يتضمن هذا الباب امورا تمهيدية منها مايتوقف عليها انتقال ملكية التركة من المورِّث إلى وارثه ومنها مايتعلق بالحقوق المتعلقة بالتركة من حيث طبيعتها وتسلسلها العملي في التقديم والتأخير. وبذلك ينقسم شكليا إلى فصلين:

الفصل الأول – ما يتوقف عليه انتقال التركة للورثة.

الفصل الثاني – الحقوق المتعلقة بالتركة.





الفصل الأول
ما يتوقف عليه انتقال التركة إلى الورثة

يتوقف انتقال ملكية التركة من المتوفى إلى ورثته على قيام أسبابه، وتوفر أركانه، وتحقق شروطه، وانتفاء موانعه كما في الايضاح الوارد في المباحث الأربعة الآتية:

المبحث الأول
أسباب الميراث

السبب الشرعي: هو ماجعله الشارع دليلا على الحكم الشرعي بحيث يتحقق الحكم بوجوده وينتفي بإنتفاءه [١].

والأسباب الشرعية لميراث الوارث الخاص اثنان: الزوجية الصحيحة، والقرابة.

وعند غياب هذين السببين كليهما في تركة قائمة يحل محلهما سبب ثالث لميراث الوارث العام وهو الولاية العامة فالدولة وارثة لمن لا وارث له[٢].

وقد اجمع فقهاء المسلمين على الاخذ بهذه الأسباب وأقرتها التشريعات الوضعية في العالم الإسلامي [٣].

وأمّا الولاء فلا يُعدّ سببا للميراث بعد أن ألغى القرآن الكريم نظام الرق إلى الأبد من غير رجعة.

---

[١] شرح النيل وشفاء العليل للعلامة الشيخ محمد بن يوسف اطفيش ٨/٢٨٠.

[٢] في الخرشي (٨/١٧٠): (بيت المال وارث شرعي فيدفع له حيث لم يكن له وارث ولاعليه دين).

[٣] المادة (٨٦/ب) من قانون الأحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ المعدل:(أسباب الإرث اثنان هما القرابة والنكاح الصحيح). والمادة (٨٨/٤) بيت المال من المستحقين للتركة. والمادة (٧٠) "لا تجوز الوصية بأكثر من الثلث إلا باجازة الورثة، وتعتبر الدولة وارثة لمن لا وارث له". والمادة (٢٢٧/٢) مشروع القانون المدني الجديد " الدولة وارثة لمن لا وارث له "

السبب الأول – الزوجية الصحيحة:

جعل الإسلام الزواج الصحيح سببا لتوارث الزوجين بمجرد انعقاده صحيحا، وان لم يقترن بالدخول أو الخلوة الصحيحة وفقا لاطلاق قوله تعالى ﴿وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِن لَّمْ يَكُن لَّهُنَّ وَلَدٌ فَإِن كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ فَلَكُمُ الرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْنَ مِن بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِينَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ، وَلَهُنَّ الرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْتُمْ إِن لَّمْ يَكُن لَّكُمْ وَلَدٌ، فَإِن كَانَ لَكُمْ وَلَدٌ فَلَهُنَّ الثُّمُنُ﴾[1].

والقاعدة الاصولية العامة تقضي بان المطلق يُعمل باطلاقه ولا يجوز تقييده إلا بدليل شرعي ثابت. وقد اجمع فقهاء الشريعة على أنّ هذا المطلق لم يُقيّد بالدخول، ولا بالخلوة الصحيحة.

وأخذ بهذا الاطلاق المشرع العراقي، فنصت المادة (٩١/١) على انه (يستحق الزوج مع الفرع الوارث لزوجته الربع، ويستحق النصف عند عدمه، اما الزوجة فتستحق الثمن عند وجود الفرع الوارث والربع عند عدمه).

شروط الميراث بالزوجية:

للميراث بالزوجية يجب توفر الشروط الآتية:

١- ان تكون الزوجية صحيحة، فاذا كان الزواج باطلا أو فاسدا فسادا متفقا عليه[2] ومات احدهما قبل التفريق لا يرثه الآخر مطلقا[3] باجماع فقهاء الشريعة.

٢- قيام الزوجية حين الوفاة حقيقة أو حكما. فالزوجية الحكمية ثابتة للمطلقة طلاقا رجعيا. فمن طلق زوجته طلاقا رجعيا، ومات احدهما قبل انتهاء العدة يرثه الاخر لان الزوجية اثناء العدة قائمة حكما[4].

---

[1] سورة النساء / ١٢.

[2] اما الزواج الفاسد فسادا مختلفا فيه كزواج الشغار فقد ذهب فقهاء المالكية الى ثبوت الإرث به إذا مات احدهما قبل الفسخ. في الشرح الصغير للدردير مع بلغة السالك لاقرب المسالك (٣٦٦/١): وفيه أي المختلف فيه الإرث بين الزوجين إذا مات احدهما قبل الفسخ (وفسخه يكون بالطلاق) إلا نكاح المريض فانه مختلف فيه ولا ارث فيه سواء مات المريض أو الصحيح لان علة فساده ادخال وارث دخل أو لم يدخل. بخلاف المتفق على فساده كالخامسة) أي انها لاترث بالاجماع.

[3] أي سواء دخل بها ام لم يدخل.

[4] الطلاق الرجعي: هو كل طلاق بعد الدخول للمرة الأولى أو الثانية دون مقابل(عوض) على ان لايكون بالتفريق القضائي.

اما الطلاق البائن فانه يقطع العلاقة الزوجية، ويقضي على سبب الميراث بين الزوجين وان مات احدهما قبل انتهاء العدة.

ويُستثنى من هذه القاعدة: طلاق الفار وهو طلاق المـريض مـرض المـوت، فمـن طلـق زوجته في مرض الموت يقع طلاقه باتفاق فقهـاء الشـريعة، لكـن إذا مـات في هـذا المـرض ترثه[1] زوجته بالشروط الآتية:

أ- ان يطلقها وهو في مرض الموت.
ب- ان يموت في هذا المرض.
ج- ان لايكون الطلاق بسبب من الزوجة أو بطلبها.
د- ان يكون الطلاق بعد الدخول[2].
هـ- ان لايوجد فيها مانع من موانع الميراث.

لكنهم اختلفوا في سقوط هذا الحق:

قال الحنفية: ترث إذا مات الزوج قبل انتهاء عدة الزوجيـة، فـاذا انتهـت فـلا تـرث لانقطاع العلاقة الزوجية بعد العدة[3].

وقال الجعفرية والإمام احمد في قوله المشهور[4]: ترث ما لم تتزوج، فاذا تزوجت سـقط حقها لانها تنازلت عنه بالزواج.

والطلاق البائن هو الطلاق في احدى الحالات الآتية:
قبل الدخول مطلقا. بعد الدخول مقابل العوض. الطلاق للمرة الثالثة.
الطلاق بتفريق القاضي وفقا للمادة الخامسة والاربعين من قانون الأحوال الشخصية النافذ.

[1] خلافـا للظاهريـة (المحلـى ١٠ / ٢٤٨)، والزيديـة (روض النضـير ٣/ ٢١٦)، والشـافعي في احـد اقوالـه (المهذب ٢/٢٥) فهؤلاء ذهبوا الى انها لاترث الزوجـة المطلقـة طلاقـا بائنـا سـواء كـان الـزوج مريضـا مرض الموت ام لا، وسواء أقصد الزوج حرمانها ام لا؟ لان الطـلاق يقطـع العلاقـة الزوجيـة فينقضـي الحكم بانتفاء سببه.

[2] وعند الاباضية (شرح النيل ٨/١٧٦) ترث وان كان الطلاق قبل الـدخول، وفيـه (ويُلغـز أي امـرأة ورثـت اربعة ازواج فصاعدا في شهر واحد.؟ وهي من تتزوج رجالا مرضـى قبـل الـدخول ويموتـون عنهـا) أي بعد الطلاق من كل منهم.

[3] المبسوط للسرخسي ٦/١٥٤. ويتفق مع الحنفية: سفيان، والليـث، والاوزاعـي، والإمـام احمـد في احـدى روايتيه (المغني ٦/٣٣٠) والشافعي في احد اقواله (المهذب، المجموع شرح المهذب ١٤/٥٠٥).

[4] المغني المرجع السابق.

وزاد فقهاء الجعفرية شرطا آخر وهو ان لاتمضي سنة كاملة على الطلاق والا فلا ترث[1].

وقال المالكية [2] والاباضية[3]: ترث مطلقا سواء تزوجت ام لا، سواء طالت المدة ام لا، لان علة الميراث هي النية السيئة لدى الزوج بحرمانها من تركته ومعاملته بنقيض هذه النية السيئة، وهي قائمة لاتسقط بالتقادم والزواج.

وللشافعية آراء مختلفة كل رأي يتفق مع احد الاتجاهات المذكورة.

اما إذا ماتت الزوجة فإن الزوج المريض الذي طلقها في مرض الموت لايرث منها بالاجماع.

وقد يكون الأمر بعكس هذه المسألة بأن تطلق الزوجة المريضة مرض الموت نفسها إذا كان لها هذا الحق بموجب تفويض مشروط في عقد الزواج ويفسر ذلك بأنها ارادت حرمانه من تركتها.

فيقاس طلاقها في مرض الموت على طلاق الزوج في مرض الموت لاشتراكهما في علة الحكم وهي النية السيئة لكن بالامكان معارضة هذا القياس بأن حكم المقيس عليه ثبت خلافا للقاعدة العامة واستثناء منها فلا يقاس عليه غيره.

لكن العدالة تتطلب عدم التفرقة بين الحالتين وفي نظر المشرع العراقي: طلاق المريض مرض الموت لايقع[4].

وهذا مخالف لاجماع فقهاء الشريعة.

٣- اشترط بعض الفقهاء لاعتبار الزواج سببا للميراث ان لايتم في مرض الموت[5]. والا فلا توارث بينهما سواء أمات المريض ام الصحيح، وسواء أدخل بها ام لا[6]. وهم

---

٢ الكافي للكليني ٦ / ١٢٢,

[3] المنتقى شرح موطأ ٤/,٨٥

[4] شرح النيل وشفاء العليل ٨/,١٧٦

[5] فنصت المادة (٣٥) من قانون الأحوال الشخصية على انه(لايقع طلاق المريض مرض الموت).

[5] ولم يفرق بعضهم بين ان يكون المريض هو الزوج أو الزوجة لكن أكثرهم قالوا: عدم التوارث يكون في حالة واحدة وهي كون الزوج مريضا مرض الموت.

[6] واشترط فقاء الجعفرية ان يكون المريض هو الزوج وان تكون الوفاة بعد الدخول والا فلا يثبت التوارث بينهما. ايضاح الفوائد في شرح القواعد ٤/٢٤٠ وهو المشهور في مذهب الإمام مالك، الشرح الصغير ٣٦٦/١

يستندون في ذلك مما روي عن الرسولﷺ من انـه ((نهـى عـن ادخـال وارث واخـراج وارث)) ولم يأخذ بهذا الشرط المشرّع والقضاء في العراق.

السبب الثاني – القرابة:

أي الصلة النسبية بين الوارث والمورّث بالولادة بأن تكون ناشئة عن نسب شرعي ويثبت هذا النسب بإحدى الطرق الآتية:

١- قيام الزوجية الصحيحة بين من نسب إليه الولد وبـين مـن أنجبتـه، فهـذه الطريقـة لاتحتاج إلى اجراء شكلي كالاعتراف بالولد واثبات نسـبه بالبيّنـة. لقـول الرسـولﷺ (الولد للفراش وللعاهر الحجر)[١].

ثمرة الدخول بالشبهة:

كل ولد نشأ عن واقعة الدخول مقترنة بالشبهة يثبت نسـبه الشـرعي سـواء أكانـت الشبهة ناشئة عن زواج فاسد مختلف فيه مطلقا أي عَلم الداخل بالفساد ام لا. أو من فاسد متفق على فساده ولكن الدخول تم دون العلـم بهـذا الفسـاد، وكـذلك العقـد الباطل إذا تم الدخول مع الجهل ببطلانه.

٢- الاقرار بالنسب:

ويشترط في الاقرار بالنسب على نفسه توفر مايلي:

أ- ان يكون المقر له مجهول النسب.

ب- ان يولد مثله لمثله.

ج- ان يصدقه المقر له إذا كان مميزا (او لا يكذبه).

ويشترط في الاقرار على الغير (كالاقرار بالأخوّة والعمومـة..) أن يُصـدّق الاقـرار من حمل النسب عليه أو أن يثبت بالبينة. فالاقرار بالنسب في غير البنّوة والابوّة والامومة لا يسري على غير المقر إلا بتصديقه أو بالبيّنة، واذا مـات المقـر يرثـه المقر له بالقرابة: إذا أصرّ على إقراره واذا ورث المُقر شيئا بسـبب القرابـة شـاركه المقر له فيما ورث ايضا بالقرابة[٢].

---

[١] أي للزاني الخيبة والحرمان. فتح الباري شرح صحيح البخاري ٣٢/١٢ ومابعدها

[٢] الزيلعي ٥ / ٢٨,

وبناء على هذا التفصيل فان سبب الميراث ليس الإقرار وإنما القرابة الثابتة بالإقرار، فلا مبرر لعدم اعتباره من الوارثين بالقرابة وعده صنفا مستقلا عنهم، كما فعل المشرع العراقي أسوة بالمصري وغيره[1].

٣- ثبوت النسب بالبينة المقترنة بحكم القاضي وهذا الثبوت لا يقتصر أثره على المدعى عليه فحسب بل يتجاوز ذلك إلى غيره.

ميراث اللقيط:

اللقيط هو الولد الذي يتخلى عنه أهله بعد ولادته خوفا من التهمة، أو تخلصا من النفقة، أو فرارا من ظروف قاهرة دون ترك ما يدل على هويته ومعرفة ذويه أو نحو ذلك.

وقد فرض الإسلام التقاطه على كل من يجده في مكان يغلب على الظن هلاكه ويندب ذلك إن وجده في مكان مأهول احتراما لآدميته وحفاظا على حياته ويثبت نسبه لكل من يدعيه بمجرد ادعائه مادام غير معروف النسب من غير توقف على بينة فاذا ثبت نسبه ثبت له كافة الحقوق بضمنها الميراث.

التبنّي والميراث:

يختلف التبني عن الإقرار بالنسب لان التبني استلحاق شخص معروف النسب إلى أب أو مجهول النسب إلى شخص معين مع تصريح الأخير بأنه يتخذه ولدا وليس هو بولده الحقيقي.

أما الإقرار بالنسب فهو اعتراف بنسب حقيقي لشخص مجهول النسب مع الاعتراف ببنوّته الشرعية له وبذلك يكون الإقرار دليلا شرعيا كاشفا للنسب وليس موجدا له.

والتبني تصرف قانوني منشئ لنسب غير حقيقي فلا يعترف به الإسلام ولا يُقرر له الحقوق الشرعية المترتبة على النسب كالنفقة والميراث وإنما يُعتبر شخصا غريبا عن الأسرة في الحقوق وفي حرمة الاختلاط[1].

---

[1] المادة (٨٨) المستحقون للتركة هم الأصناف التالية:
الوارثون بالقرابة والنكاح الصحيح. المقر له بالنسب.

ميراث ولد الزنا:

ولد الزنا هو المولود من غير زواج شرعي مع العلم بعدم الشـرعية، فـإن اعـترف رجـل ببنوّته دون أن يشير إلى انه من ولد زنا وكان يولد مثله لمثله ثبت نسبه منه. إما إذا لم يقـر به احد أو أقرّ به شخص وقال: انه ولدي من الزنا فإنه لا يثبت نسبه. ولا يجري التوارث بينه وبين أبيه غير الشرعي (الزاني)، ولا بينه وبين أقاربـه. ويُسـمّى في هـذه الحالـة ولـد الزنـا. ويلحق بأمه فيرثها ويرث أقاربها، وترثه امه وأقاربها لان صلته بأمه مؤكدة، والأمومـة وان كانت غير شرعية تثبت بها الجزئية بين الأم وولدها وهذا يكفي للمـيراث، وهـذا مـا اسـتقر عليه رأي جمهور الفقهاء.

وقال بعض الفقهاء[٢]: الأم كالأب فلا يثبت التوارث بينها وبين ولدها غير الشرعي لان الميراث نعمة فلا تكون الجريمة سببا لها. وسند القول الأول حديث المتلاعنين الذي رواه سـهل بن سعد قال: "وكانت حاملا وكان ابنها يُنسب إلى امه فجرت السنة انه يرثها وتـرث منـه ما فرض الله لها"[٣].

ولم يتطرق المشرّع العراقي لهـذا الموضـوع. وأخـذ بعـض قـوانين الـبلاد العربيـة بـرأي الجمهور[٤].

ميراث ولد اللعان:

ولد اللعان هو الذي نفى الزوج الشرعي نسبه منه وشهد اربع مرات أمام القاضـي انـه من الصـادقين فيـما اتهم به زوجته مـن الزنـا، والخامسـة إن لعنـة الله عليـه إن كـان مـن

---

[١] قال القرآن الكريم: ﴿وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَاءكُمْ أَبْنَاءكُمْ ذَلِكُمْ قَوْلُكُم بِأَفْوَاهِكُمْ وَاللَّهُ يَقُولُ الْحَقَّ وَهُوَ يَهْدِي السَّبِيلَ، ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِندَ اللَّهِ فَإِن لَّمْ تَعْلَمُوا آبَاءهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ﴾ الأحزاب / ٤.

[٢] كفقهاء الجعفرية في الروضة البهية (٢/٢٣٦): (ولد الزنا من الطرفين يرثه ولده وزوجته لا أبواه ولا من يتقرب بهما لانتفائه عنهما شرعا فلا يرثانه ولا يرثهما).

[٣] نيل الأوطار ٦/٧٥. وروي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده إن النبيﷺ قـال: (أيمـا رجـل عـاهر بحرة أو أمة فالولد ولد زنا لا يرث ولا يورث) رواه الترمذي. المرجع السابق.

[٤] المادة (٣٠٣) من قانون الأحوال الشخصية السوري (يرث ولد الزنا وولد اللعان من الأم وقرابتها وترثهما الأم وقرابتها).

الكاذبين. وشهدت المرأة اربع مرات انه من الكاذبين فيما رماها به من الزنا، والخامسة ان عليها غضب الله إن كان من الصادقين[1].

واذا تمّت هذه الإجراءات القضائية التي تسمى بالملاعنة فان القاضي يحكم بالتفريق بينهما عند الجمهور، وقال البعض التفريق يكون تلقائيا دون حكم القاضي.

وعلى كلا الرأيين حكم الولد الذي نفى الزوج نسبه الشرعي منه حكم ولد الزنا في الأحكام المذكورة له.

السبب العام (الولاية العامة):

من مات ولم يكن له وارث بالقرابة والزوجية تكون تركته للدولة وهي وارثة لمن لا وارث له، لقول الرسول ﷺ (من ترك مالا فلورثته وانا وارث من لا وارث له اعقِل عنه وأرثُ)[2]. واخذ به المشرع العراقي المادة (٧٠) والمادة (٨٨) من قانون الأحوال الشخصية [3].

---

[1] قال سبحانه وتعالى في القرآن الكريم: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَاء إِلَّا أَنفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ، وَالْخَامِسَةُ أَنَّ لَعْنَتَ اللَّهِ عَلَيْهِ إِن كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ، وَيَدْرَأُ عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ، وَالْخَامِسَةَ أَنَّ غَضَبَ اللَّهِ عَلَيْهَا إِن كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ﴾ سورة النور /٦، ٧، ٨، ٩.

[2] رواه احمد وأبو داود وابن ماجه. نيل الأوطار ٦/٧٠.

[3] المادة (٧٠) (لا تجوز الوصية بأكثر من الثلث إلا بإجازة الورثة. وتعتبر الدولة وارثة لمن لا وارث له)
والمادة (٨٨): (المستحقون للتركة هم الأصناف التالية:
الوارثون بالقرابة أو بالنكاح الصحيح.
المقر له بالنسب.
الموصى له بجميع المال.
بيت المال.

المبحث الثاني

أركان الميراث

ركن الشيء هو ما يتوقف عليه هذا الشيء ويكون جزءا من حقيقته وماهيته، وبناءً على ذلك تكون أركان الميراث ثلاثة: ميت (موروث أو مورث)، وحي وارث، ومال يورث[1].

الركن الأول – المورِّث:

وهو المتوفى حقيقة كمن ثبت موته بالمشاهدة أو السماع. أو حكما كالمفقود الذي يحكم القاضي بوفاته بناء على أدلّة مبررة لهذا الحكم في ميزان الشرع. أو تقديرا كموت الجنين الذي أسقطته أمه بسبب الاعتداء عليها فموته تقديري لأن حياته تقديرية [2].

الركن الثاني – الوارث:

وهو إنسان حيّ حقيقة، أو استصحابا، أو تقديرا فالحي حقيقة: كمن تثبت حياته بالمشاهدة، والسماع، أو البيّنة.

والحيّ استصحاباً: كالمفقود فان حياته كانت قبل الفقد حقيقية ويقينية، وبعد الفقدان أصبحت مشكوكا فيها. والقاعدة الأصولية تقضي بان (اليقين لا يزول بالشك)[3].

---

[1] شرح النيل ٨/٢٥٩.

[2] عند جمهور الفقهاء يعتبر الجنين حيا بالنسبة للغرة فقط (أي التعويض الذي يدفعه المعتدي) فلا يورث عنه سواها. وأجمع الفقهاء على أن الجنين لا يرث ولا يورث إذا سقط ميتا من دون جناية.

[3] هذه القاعدة انتشرت خطأً كما هي، والصواب أن تُبدّل بالقاعدة الآتية (اليقين لا يرتفع إلا باليقين) لأن مراتب العلم بمعنى مطلق الإدراك هي السبع الآتية:

١– اليقين: وهو الاعتقاد الجازم الثابت المطابق للواقع.

٢– الجهل المركب: وهو الاعتقاد الجازم الثابت غير المطابق للواقع.

٣– التقليد: وهو الاعتقاد الجازم غير الثابت.

٤– الظن: وهو الطرف الراجح لدى الإنسان المدرك لشيء ذي وجهين.

٥– الوهم: وهو الطرف المرجوح لدى المدرك لشيء ذي وجهين.

٦– الشك: وهو التردد بين أمرين دون وجود مرجح لأحدهما.

فيعتبر حيا بعد الفقدان استصحابا لحياته قبله إلى إن يتبين مصيره من الحياة أو الممات، أو أن يحكم القاضي بوفاته.

والحياة التقديرية: كحياة الجنين في بطن امه فهو يعتبر وارثا إن كان موجودا حين الوفاة. وان لم تستقر فيه الحياة. فيعتبر حيا تقديرا، فاذا تولد حيا وثبت انه كان موجودا حين الوفاة فيرث بالقرابة.

الركن الثالث – التركة:

وهي عبارة عما يتركه الميّت من الأموال المنقولة وغير المنقولة سواء كانت في حيازته حين الوفاة ام في حيازة شرعية للغير كالعين المستأجرة أو المستعارة، ام حيازة غير شرعية كالمال المغصوب، أو المسروق..

وما يتركه من الحقوق المالية المحضة كحقوق الارتفاق، والديون الثابتة في ذمة الغير.

اما الحقوق الشخصية المحضة كحق الوظيفة، والولاية وغيرهما مما يعتبر في قيامها شخصية صاحب الحق فلا خلاف بين فقهاء الشريعة في أنها لا تقبل الانتقال إلى الورثة.

واذا كانت الحقوق ذات الطبيعتين (المالية والشخصية) فينظر:

أ. فان كان الجانب المالي هو الغالب على الجانب الشخصي كحق خيار العيب فينتقل إلى الوارث.

ب. وان كان الجانب الشخصي هو الغالب كحق الانتفاع بعين مملوكة للغير وكان شخصه معتبرا في هذا الانتفاع كالوصية بالمنفعة لا تنتقل إلى ورثة الموصى له مالم يكن هناك نص أو اتفاق على خلاف ذلك.

حكم راتب التقاعد بعد وفاة المتقاعد:

راتب التقاعد لايعتبر جزءا من تركة المتقاعد المتوفى. وبالتالي لاينتقل إلى ورثته وفق أحكام الميراث، وانما ينظم هذا الحق بقانون خاص تراعي فيه مصلحة المالية العامة للدولة، ومصلحة ورثة المتقاعد.

٧– التخيل: وهو تصور الطرف المقابل لليقين.

وجدير بالذكر أن اليقين كما لا يزول بالشك، لا يزول بإحدى المراتب المذكورة للعلم بمعنى مطلق الإدراك.

وهناك أسباب كثيرة لعدم اعتبار راتب التقاعد من التركة اهمها مايلي:-

أ- راتب المتقاعد ضمان من خزينة الدولة لانسان دخل مرحلة العجز عن العمل بعد ان صرف قسطا كبيرا من حياته وحيويته ونشاطه في سبيل المصلحة العامة.

ب- يعتبر راتب المتقاعد قبل استلامه وقبل موعد الاستلام والاستحقاق جزءاً من أموال الدولة العامة.

ج- مقدار راتب التقاعد يتحدد في ضوء اسس شخصية بحتة، فالجانب الشخصي للمتقاعد هو الغالب على الجانب المالي فاذا مات عن بنت متزوجة مثلا فلا ينتقل الراتب أو جزء منه إليها لأنه لم يكن معيلا لها حين الوفاة، ولان لها زوجا مسؤولا عن الانفاق عليها.

د- مصدر راتب التقاعد ليس مالا منقولا أو عقارا تعود ملكيته للميت قبل وفاته حتى تنتقل الغلة تبعا لانتقال اصلها إلى الورثة.

هـ- منح راتب التقاعد: مبني على اساس الحاجة فهو استمرار للضمان من الدولة والحاجة من المواطن فالضمان يدور مع حاجة الورثة وجوداً وعدماً وكمّاً وكيفاً.

و- وأخيرا وليس آخرا كيف يوزّع هذا الراتب على الأجيال القادمة من اقارب المتقاعد وأولادهم وأولاد أولادهم وإن نزلوا؟ لأنه إذا اعتبرناه تركة فيجب ان يستمر إلى انقراض الورثة شأنه شأن أي مال ثابت آخر لايستهلك كالعقار فينتقل من جيل إلى جيل إلى ما لا نهاية وهذا مما يأباه العقل السليم.

أركان الميراث في القانون:

نصت المادة (٨٦) من قانون الأحوال الشخصية على ان: (أركان الإرث ثلاثة):

١. المورِّث: وهو المتوفى.
٢. الوارث: وهو الحي الذي يستحق الميراث.
٣. الميراث: وهو مال المتوفى الذي يأخذه الوارث.

المبحث الثالث
شروط الميراث

شرط الشيء هو مايتوقف عليه هذا الشيء، ولايكون جزءً من حقيقته وماهيته.
والميراث يتوقف على توفر شروط أربعة وهي: موت المورِّث، وحياة الوارث، ووجود الصلة بين الوارث والمورث بالقرابة أو الزوجية، وانتفاء مانع الميراث في الوارث.

الشرط الأول – موت المورث حقيقة، أو حكما، أو تقديرا.

أ. الموت الحقيقي: مايثبت بالمشاهدة، أو السماع، أو البينة..

ب. الموت الحكمي: مايكون بحكم القاضي كحكمه بموت المفقود بعد توفر الشروط المطلوبة لهذا الحكم[1]. ومال المفقود لايقسم على ورثته إلا بعد حكم القاضي بوفاته فعندئذ يوزَّع على الموجودين وقت الحكم ولايرث من مات قبله مالم يكن الحكم مستندا إلى وقت سابق على صدوره والا فيرثه من كان وارثا آنذاك.

ج. الموت التقديري: كفرض موت الجنين الذي ينفصل عن امه بالاعتداء عليها. فمن ضرب امرأة حاملا فالقت جنينها ميتا نتيجة هذا الحادث تجب على المعتدي في الإسلام عقوبة مالية تسمى (الغرة) وهي نصف عشر الدية الكاملة[2]. ففي هذه الحالة تفترض حياة الجنين قبل الاعتداء فما دامت حياته مفترضة يكون موته ايضاً فرضياً (تقديرياً).

---

[1] المادة (٩٣) من قانون رعاية القاصرين رقم (٧٨) لسنة ١٩٨٠ نصت على مايلي:–
للمحكمة ان تحكم بموت المفقود في احدى الحالات الآتية:–
اولا– إذا قام دليل قاطع على وفاته.
ثانيا – إذا مرت اربع سنوات على اعلان فقده.
ثالثا – إذا فقد في ظروف يغلب معها افتراض هلاكه ومرت سنتان على اعلان فقده.

[2] أي ٥٪ من الدية الكاملة. والدليل على موته التقديري: ان الشارع لما اوجب تعويضا ماليا على الجاني بسبب الجناية، والتعويض انما يكون بالجناية على الحي فلا بد من ان الشارع قدّر حياته وقت وقوع الجناية وقدّر موته ايضا بسببها، فتكون حياة الجنين تقديرية فيرث نصيبه الذي حجز له من تركة مورثه ويستحق ما أوصى له.

الشرط الثاني – حياة الوارث:

ويشترط لميراث الوارث ان تتأخر حياته عن موت المورث ولو بلحظة واحدة.. وان يكون هذا التأخر ثابتا. فاذا ماتا معا بحادث تحطم طائرة، أو اصطدام سيارة، أو غرق سفينة، أو حريق، أو زلزال، أو فيضان، أو نحو ذلك.. أو سبق موت احدهما في مثل هذه الحوادث ولكن لم يثبت من هو السابق ومن هو اللاحق في الوفاة فلا يرث احدهما من الآخر بل ميراث كلٍ يكون لورثته الآخرين عند جمهور الفقهاء[1]. ولكن لفقهاء الجعفرية التفصيل الاتي:

أ -ان كان الموت بغرق أو هدم ولم يميز المتقدم من المتأخر في الوفاة يفرض كل واحد منهما حيّاً حال موت الآخر ويرث كل واحد من الآخر من ماله الذي مات عنه لا ما ورثه منه. وهذا رأي متفق عليه لديهم.

ب -وان كان بحادث آخر غير الغرق والهدم كالحرق وحوادث الطائرات والسيارات فلهم في ذلك قولان: احدهما لا توارث بينهم (كما هو رأي الجمهور) والثاني تعميم الحكم وشموله لكل حادث غير متوقع كما في الفقرة (أ).

ج- واذا كان الموت حتف الانف دون تسبب حادث غير متوقع فالظاهر عندهم عدم التوارث[2].

الشرط الثالث – قيام الصلة بين الوارث والمورث بالقرابة أو الزواج:

ووجود هذه الصلة في الواقع يكفي لانتقال التركة إليه في حدود نصيبه، ولكن ليس للقاضي ان يحكم بذلك إلا بعد إثبات هذه الصلة أمامه. فالإثبات شرط للحكم فقط.

وعند انتفاء هذين السببين (القرابة والزوجية) يحل محلهما سبب ثالث وهو رابطة الولاية العامة بين الدولة وبين المتوفى.

الشرط الرابع – ان لا يقوم بالوارث مانع من موانع الإرث الآتية في المبحث الرابع وانتفاء المانع من اهم شروط انتقال ملكية التركة إلى الوارث وقد اهمله كثير من المؤلفين

---

[1] في الأنوار (٢/٩): (فلو غرق اخ و اخت، وخلف الاخ امرأة وبنتا، والأخت زوجا وبنتا جعل كأن الاخ مات عن زوجة وبنت لاغير، والأخت عن زوج وبنت لاغير).

في الخرشي (٨/٢٢٣): (ومن موانع الإرث جهل التأخر والتقدم في الموت كما إذا مات قوم من الاقارب في سفر أو تحت هدم وما اشبه ذلك فاننا نقدر في كل واحد كأنه لم يخلف صاحبه، وانما خلف الاحياء من ورثته).

[2] ايضاح الفوائد شرح اشكالات القواعد للحلي ٤/٢٧٦ وما بعدها. الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية ٢/ ٢٣٧.

اكتفاء بذكر الموانع، في حين ان كل مايكون وجوده مانعا من تحقق الحكم يكون انتفاؤه شرطا له.

ونص المشرع العــراقي على هذه الشروط باستثناء الأخير في المادة (٨٦/ ج):

(شروط الميراث ثلاثة هي:

١- موت المورث حقيقة أو حكما.

٢- تحقق حياة الوارث بعد موت المورث.

٣- العلم بجهة الإرث.

المبحث الرابع
موانع الميراث

المانع هو ما يترتب على وجوده عدم الحكم أو بطلان سببه [١]. والمراد به هنا وجود وصف في الوارث بحيث يحرمه من الميراث على الرغم من توفر السبب. ومن الموانـع المتفـق عليهـا القتل، واختلاف الدين.

أ- القتل:

اتفق فقهاء الشريعة – باستثناء الظاهرية [٢]. – على ان القاتل لا يـرث مـن مقتولـه بالنقل والعقل: اما النقل فقـول الرسول ﷺ (لا يرث القاتل) [٣]، واما العقل فلأن المجـرم لا يمكن ان يُسمح له بان يستفيد من جريمته، ولأن في حرمـان القاتل حمايـة أرواح الأبريـاء، وتقليل حوادث القتل، بالإضافة إلى ان (من استعجل شـيئا قبـل اوانـه عوقـب بحرمانـه). ولكن لكون القتل الموضوع لإزهاق الروح مشتركا معنويا بـين جميـع انـواع القتـل اختلـف الفقهاء في تحديد النوع المـانع كالآتي:

قال الحنفية [٤]: المانع هو القتل بالمباشرة بحيث يكون موجبا للقصاص أو الكفارة، امـا القتل بالتسبب أو الذي لا يوجب القصاص أو الكفارة فلا يكون مـانعا.

وقال الاباضية [٥] وبعض الشافعية[٦]: المانع مطلق القتل أخذاً بإطلاق الـنص (لا يـرث القاتل)

---

١ مختصر المنتهى لابن الحاجب وشرحه للقاضي عضد الدين ٧/٢.

٢ قال ابن حزم (المحلى ٣٠٦/٩): (ومنعتم القاتل برواية لا تصح).وانظر المحلى ايضا ٤٧٩/٩

٣ رواه النسائي والترمذي وابن ماجه. وفي رواية (القاتل لا يرث) وفي رواية اخرى (لايرث القاتـل شيئا) وفي رواية مالك:(ليس لقاتل شيء).

٤ ابن عابدين (رد المحتار ٧٦٧/٦).

٥ شرح النيل وشفاء العليل ٢٦٩/٨.

٦ الانوار ٩/٢. وفي مغنى المحتاج ٢٥/٣ (لا يرث قاتل من مقتوله مطلقاً سـواء كـان القتـل عمـدا ام غـيره مضمونا ام لا بمباشرة ام لا قصد مصلحته كضرب الأب والزوج والمعلم ام لا مكرها ام لا).

وقال المالكية[١] والجعفرية[٢]: المانع هو العمد العدوان غير ان القاتل خطأ لا يرث من الدية وعلى هذا الأساس لا يرث من التعويض الذي تدفعه شركة التأمين لورثة المقتول إذا كان القاتل احد الورثة وكان القتل بحادث سيارة.

وقال الزيدية[٣]: المانع هو القتل العمد العدوان وماعدا ذلك لا يكون مانعا وبه أخذت التشريعات العربية [٤].

والمشرع العراقي لم يذكر موانع الميراث مع انه نص على أركانه وأسبابه وشروطه (م٨٦) كما لم يحدد نوع القتل المانع من الوصية في المادة (٦٨/٢): (ان لا يكون قاتلا للموصي).

وهذا يعتبر نقصا تشريعيا فمن الضروري تداركه بالنص على النوع المانع من الوصية والميراث حذرا من التباين في أحكام القضاء العراقي في قضايا قتل الوارث لمورثه وقتل الموصى له للموصي.

والرأي القمين بالأخذ به هو رأي المالكية والجعفرية والزيدية في اعتبار المانع هو القتل العمد العدوان.

ب- اختلاف الدين:

توجيها نحو وحدة الأسرة البشرية، وخضوعا لدستور واحد وهو الدستور الإلهي الأخير المعدل للدساتير السماوية السابقة (القرآن الكريم)[٥]. واعترافا بوحدة الخالق ووحدة

---

١ الشرح الصغير ٢ / ٤٧٥.

٢ الخلاف في الفقه للطوسي ٢ / ٣٩.

٣ البحر الزخار ٥/٣٦٧.

٤ كالقانون المصري المادة (٥). (من موانع الإرث قتل المورث عمدا سواء كان القاتل فاعلا اصليا ام شريكا، ام كان شاهد زور أدّت شهادته الى الحكم بالإعدام وتنفيذه إذا كان القتل بلا حق ولا عذر وكان القاتل عاقلا بالغا من العمر خمس عشرة سنة. ويعد من الأعذار تجاوز حق الدفاع الشرعي) والقانون السوري المادة (٢٦٤) يمنع من الإرث ما يلي: موانع الوصية المذكورة في المادة (٢٢٣): (يمنع استحقاق الوصية الاختيارية أو الواجبة:
قتل الموصى له للموصي قصدا سواء كان القاتل فاعلا اصليا ام شريكا إذا كان القتل بلا حق ولا عذر وكان القاتل عاقلا بالغا من العمر خمس عشرة سنة.
تسببه قصدا في قتل الموصي، ويعتبر من التسبب شهادته عليه زورا إذا أدت إلى قتله). والقانون التونسي الفصل (٨٨)...ومدونة الأحوال الشخصية المغربية الفصل (٢٢٩).

٥ قال سبحانه وتعالى: ﴿شَرَعَ لَكُم مِّنَ الدِّينِ مَا وَصَّى بِهِ نُوحاً وَالَّذِي أَوْحَيْنَا إِلَيْكَ وَمَا وَصَّيْنَا بِهِ إِبْرَاهِيمَ وَمُوسَى وَعِيسَى أَنْ أَقِيمُوا الدِّينَ وَلَا تَتَفَرَّقُوا فِيهِ﴾ سورة الشورى /١٣.

الأبوة[1]. قرر الإسلام: ان يكون اختلاف الدين مانعا من الميراث على لسان رسـوله الله ﷺ: (لا يتوارث أهل الملتين).

ولكن من جهة أخرى اقر صحة الوصية مـع قيـام اختـلاف الدين أخذاً بسماحة الإسلام الواسعة، وتعويضا لبعض ما يخسره الوارث من التركة بسبب هذا الاختلاف، ولان في الوصـية نوعا من التكافل الاقتصادي الذي امر به الإسلام.

ميراث المرتد:

المرتد: من رجع عن دين الإسلام وهو بالغ عاقل. وحكمه كالاتي:

أ. **ارثه من الغير:** اجمع فقهاء الشريعة على انه لا يرث من غيره سواء أكان هـذا الغـير مسلما ام لا. فلا يرث من المسلم لانقطاع الصلة بينهما بالارتداد، ولا يرث مـن غـير المسلم لأنه استقر على دينه بخلاف المرتد.

ب. **إرث الغير من المرتد:** اختلف فيه الفقهاء على التفصيل الآتي:

١- **قال البعض:** ما اكتسبه حال إسلامه لورثته، وما حصل عليه بعد الارتـداد فيء للمسلمين ويكون للخزانة العامة [2].

٢- وقال البعض: الكل للخزانة العامة [3].

٣- وقال الآخرون: الكل لورثته لانهم اجتمع فيهم سببان الإسلام والقرابة[4].

---

[1] قال سبحانه وتعالى ﴿وَهُوَ الَّذِيَ أَنشَأَكُم مِّن نَّفْسٍ وَاحِدَةٍ﴾ سورة الأنعام /٩٨ وقال الرسول ﷺ: (ان ربكم واحد وان أباكم واحد كلكم لآدم وآدم من تراب) مسند احمد بن حنبل (٥/٤١١)..

[2] وبه قال أبو حنيفة وسفيان الثوري.

[3] وبه اخذ مالك والشافعي والإمام احمد في قوله المعتمد.

[4] وهذا الرأي مروي عن سيدنا أبي بكر الصديق رضي الله عنه وسيدنا علي بن أبي طالب رضي الله عنه وابن مسعود رضي الله عنه وأخذ به صاحبا أبي حنيفة (محمد وأبو يوسف)، في شرح النيل (٢٦٣/٨)(مال المرتد إذا مات لجماعة المسلمين عند أهل الحجاز ولقرابته المسلمين عند أهل العراق لان فيهم سببين: القرابة والإسلام. ولا فرق بين ما اكتسبه حال إسلامه أو ردته خلافا للحنفية) لعله يقصد أبا حنيفة ومن تبعه من فقهائه.

اختلاف الدارين:

ديار الإسلام جميعها لا اختلاف بينها لأنه لا تستحل أية حكومة في العالم الإسلامي قتال الأخرى وكذلك بين الدولة الإسلامية وغير الإسلامية إذا لم تستحل كل دولة قتال الأخرى.

وبناء على ذلك: المسلم يرث المسلم وان اختلفت الدول والجنسية، لان قانون الأحوال الشخصية للمسلمين شخصي يتبع شخصهم أينما حلوا وارتحلوا، فالمسلم العراقي يرث من المسلم التركي وهكذا.. ولكن يطبق اختلاف الدارين بالنسبة لغير المسلمين. وعلى سبيل المثل: اليهودي العراقي مع اليهودي المنتمي إلى الكيان الصهيوني في فلسطين المحتلة لا توارث بينهما ما دمنا في حالة الحرب مع هذا الكيان.

وعلى هذا الأساس اختلاف الدارين مانع في حالة الحرب وبالنسبة لغير المسلمين فقط.

اختلاف الجنسية والميراث:

في الإسلام جنسية المسلم هو الإسلام أينما حل وارتحل، فيطبق عليه قانونه الشخصي، ولكن نتيجة تطور الحياة والتقسيم الجغرافي الحديث واستحداث الحدود الدولية، أدت إلى ان تُعير بعض القوانين الأهمية لتأثير اختلاف الجنسية على العلاقات المالية وغير المالية بين الشعوب المختلفة في الجنسية، وبضمنها الوصية والميراث، ومن هذه القوانين القانون العراقي الذي لا يسمح بانتقال ملكية العقار من الموصي إلى الموصى له الذي يختلف معه في الجنسية، ويُجيز الوصية في هذه الحالة بالمنقول فقط بشرط المقابلة بالمثل، كما جاء في المادة (٧١)[1]: (وتصح الوصية بالمنقول فقط مع اختلاف الدين، وتصح به مع اختلاف الجنسية بشرط المقابلة بالمثل).

ولا يعتبر اختلاف الجنسية من موانع الميراث في المنقول والعقار بشرط المقابلة بالمثل. وفي حالة عدم قيام المقابلة بالمثل أو عدم وجود الوارث للأجنبي الذي يموت في العراق تؤول التركة إلى الدولة ولو كان ذلك متعارضا مع قانون دولته[2].

---

[1] من قانون الأحوال الشخصية العراقي النافذ.

[2] المادة (٢٢) من القانون المدني العراقي النافذ التي نصها (قضايا الميراث يسري عليها قانون المورث وقت موته مع مراعاة ما يلي: اختلاف الجنسية غير مانع من الإرث في الاموال المنقولة والعقارات غير

الفصل الثاني
الحقوق المتعلقة بالتركة

أجمعت كلمة فقهاء الشريعة على ان الحقوق المتعلقة بالتركة بعد وفاة المتوفى ليست متساوية في القوة بل بعضها اقوى واهم من بعض، فيُقدّم الأهمّ على المهم، فيبدأ بتجهيز الميّت ومن تلزمه نفقته إذا مات قبله، ثم قضاء ديونه، ثم تنفيذ وصاياه، ثم توزيع الباقي على ورثته، ونوضح هذه الحقوق في المباحث الأربعة الآتية:

المبحث الأول
نفقات تجهيز المتوفى من وفاته إلى مثواه الأخير

ان أول ما يبدأ به هو نفقات الغسل والكفن والنقل للمتوفى ولمن تُوفيَ معه وكانت نفقته عليه وذلك حتى الوصول إلى مثواه الأخير.

ولا يدخل ضمن هذا الحق نفقات مجالس التعزية والفاتحة، وتهيئة الطعام لمن يقدمون التعازي لأهل الميت، لان كل ما يُصرف لهذا الغرض بدعة سيئة وان العمل الشرعي الذي يأمر به الإسلام هو تهيئة الطعام من قبل الأقارب والجيران والأصدقاء لأهل الميّت لمدة ثلاثة أيام، وإبداء المساهمة والمشاركة في آلامهم وأحزانهم والتوصية بالصبر والرضا بقضاء الله.

ان العراقي لا يرثه من الأجانب إلا من كان قانون دولته يورث العراقي منه.
الأجنبي الذي لا وارث له تؤول أمواله التي في العراق للدولة العراقية ولو صرح قانون دولته بخلاف ذلك.
وتطابقها المادة (٢٦) من المشرع المدني الجديد مع اختلاف جزئي في التعبير.

ويجب ان تكون نفقات نقل المتوفى إلى مثواه الأخير بعيدة عن كل تبذير وتقتير، وان يؤخذ بنظر الاعتبار حالته المالية في حياته يسرا وعسرا.

وتقديم نفقات التجهيز عند جمهور الفقهاء مشروط بعدم وجود حقوق للغير متعلقة بالتركة مستغرقة لها.

ويرى البعض تقديم الديون على نفقات التجهيز مطلقا [1].

وقال الإمام احمد(رحمه الله) بتقديم حق الميّت في التجهيز على جميع الحقوق الأخرى قياسا على حال حياته، فاذا حجزت أمواله أو بيعت بحكم القضاء فان ذلك لا يشمل أمواله التي تدخل في باب ضروريات الحياة كالمسكن والملبس والمأكل..

وحسنا فعل المشرع العراقي إذ أخذ بهذا الرأي في المادة (٨٧) التي تنص على(ان الحقوق التي تتعلق بالتركة بعد وفاة المورث أربعة مقدم بعضها على بعض هي:

١- تجهيز المتوفى على الوجه الشرعي.

٢- قضاء ديونه، وتخرج من جميع أمواله.

٣- تنفيذ وصاياه، وتخرج من ثلث ما بقي من ماله، غير ان الوصية الواجبة تقدم على الوصية الاختيارية..

٤- إعطاء الباقي إلى المستحقين، فاذا لم يوجد وارث من ذوي الفروض والعصبات آلت التركة إلى ذوي الأرحام، فأن لم يوجدوا آلت إلى الدولة والدولة وارثة لمن لا وارث له.

---

[1] قال ابن حزم (المحلى ٢٥٣/٩): (أول ما يخرج من تركة الميّت ديون الله، فان بقي شيء اخرج منه ديون الغرماء، فان فضل شيء كفن منه الميّت وان لم يفضل منه شيء كان كفنه ودفنه على من حضر من الغرماء أو غيرهم. لكن لا خلاف في ان الدين إذا تعلق بعين معينة في التركة فانه يقدم على التجهيز، فحق الدائن المرتهن يجب ان يقدم على نفقات التجهيز).

المبحث الثاني

حقوق الدائنين المتعلقة بالتركة

الدين: بمعناه الخاص هو كل حق مالي يتعلق بذمة الغير أصالة سواء تعلق بماله أو لا وهو يرادف الحق الشخصي في القانون وما عداه يسمى عينا ويرادفه في القانون الحق العيني خلافا لمن ظن ان الدين أضيق نطاقا من الحق الشخصي وان العين أوسع من الحق العيني[1]. على أساس ان الدين إذا تعلق بمال المدين يتحول إلى العين كما في حالة الإفلاس ووضع الحجر على المفلس وحالة وفاة المدين، وهذا الظن غير مطابق للواقع لان الدين لا يفقد صفته الدينية إذا تعلق بمال المدين ضمانا لحق الدائن كما في حالة (الرهن). كما ان تعريف الحق العيني لا ينطبق عليه وهو السلطة المباشرة لشخص معين على شيء معين يُخوله صلاحية التصرف والاستعمال والاستغلال.

الذمة: عرّفها علماء الأصول[2]. بتعريفات غير دقيقة منها انه وصف شرعي به يصير أهلا لماله ولما عليه. وهذا خلط بين أهلية الوجوب الكاملة والذمة المالية. وعرفها فقهاء القانون بانها مجموع ما للإنسان من الحقوق وما عليه من الالتزامات أو هي وعاء لتلك الحقوق والالتزامات. وهذا التعريف ايضا غير منطقي لما فيه من المصادرة على المطلوب (أو الاستحالة المنطقية)، لان وجود الذمة يتوقف على وجود الحقوق والالتزامات، ووجود هذه الحقوق والالتزامات يتوقف على وجود الذمة المالية، لأنها لا تتحقق قبل وجود الذمة.

والذمة حددها القرآن الكريم بأنها عبارة عن رقبة (عنق) الإنسان فقال سبحانه وتعالى ﴿وَكُلَّ إِنسَانٍ أَلْزَمْنَاهُ طَآئِرَهُ فِي عُنُقِهِ﴾[3]. والطائر عمل الخير والشر. والسر في اختيار

---

[1] كالعلامة السنهوري في مصادر الحق ١/١٨ حيث يقول (التمييز بين الدين والعين في الفقه الإسلامي غير التمييز بين الحق الشخصي والحق العيني في الفقه الغربي فالدين ليس كل الحق الشخصي بل هو صورة من صوره، والعين تستغرق الحق العيني وبعضا من الحق الشخصي هو الالتزام بالعين ومن ثم فالدين أضيق من الحق الشخصي والعين أوسع من الحق العيني)

[2] منهم صدر الشريعة كما في التوضيح والتنقيح ٣/ ١٥٢.

[3] سورة الإسراء /١٣.

هذا الجزء من الإنسان ليكون ذمة هو انه حلقة وصل بين جهاز التفكير (الدماغ) وجهاز العمل (الأيدي والأرجل).

تزاحم الديون:

تقدم الديون المتعلقة بعين التركة – كما في الرهن على الديون المطلقة (العادية) إذا ضاقت التركة عن إيفاء جميعها.

أ-ديون الصحة والمرض:

١- لم يفرق جمهور الفقهاء بين ديون حال الصحة وديون حال مرض الموت من حيث إيفاؤها من التركة دون التمييز بينها.

٢-وقال الحنفية والحنابلة بتقديم ديون حال الصحة على حال المرض.

ب- ديون الله وديون العباد:

١-قال الظاهرية[١] والشافعية بتقديم ديون الله على ديون العباد لما روي عن رسول الله ﷺ من انه قال (ودين الله احق ان يُقضى)[٢].

٢-وقال الحنفية[٣] تسقط ديون الله بالوفاة لان الموت عجز كلي فهو يتنافى مع بقاء التكليف ولان الورثة لا يلزمون بها لقوله تعالى ﴿وَلاَ تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى﴾.[٤]

٣-وقال المالكية[٥] والجعفرية[٦] بتقديم ديون العباد لحاجة العباد وغنى الله.

التركة المستغرقة بالديون ومصير الذمة:

أ- قال بعض الفقهاء: الدين المستغرق للتركة يمنع انتقال ملكيتها إلى الورثة بعد وفاة المورث وقبل تسديد الديون[٧].

---

[١] المحلى ٩/٢٥٣، ٢٥٤.

[٢] أخرجه البخاري (الفتح ٤/١٩٢) ط. السلفية، ومسلم (٢/٨٠٤) ط. الحلبي.

[٣] تبيين الحقائق للزيلعي ٦ / ٢٣٠.

[٤] الأنعام : ١٦٤

[٥] مختصر سيدي خليل وشرحه للخرشي ٨/١٩٧.

[٦] اللمعة الدمشقية وشرحها الروضة البهية ٢ / ١١٥.

[٧] وهو رأي المالكية وأكثر الحنفية والظاهرية وقول للشافعية وقول للجعفرية ورأي للحنابلة

ب- وفرق البعض بين المستغرق وغير المستغرق بأن الثاني يمنع ما يعادل الدين فقط [1].

ج- وقال الآخرون لا يمنع مطلقا لان الوارث يخلف المورث في المال فكما ان الـدين لم يمنـع ملكية المورث لماله المستغرق فكذلك لا يمنعها بالنسبـة لمن يخلفـه خلافـة إجباريـة [2].

والأفقة والأولى بالعمل هو الرأي الثالث الذاهب إلى ان الـدين لا يمنـع انتقـال الملكيـة مطلقا للأدلة الآتية:

١- عموم قول الرسول ﷺ ((من ترك حقا أو مالا فلورثته)) [3] لان المنطوق العام لهـذا النص: ان كل من مات مدينا كان أم غير مدين ترك حقا أو مالا فلورثته، والـدين لا يمنع إلا نفاذ التصرف والتوزيع.

٢- الوارث خليفة للمورث خلافة إجبارية فكما ان الـدين لم يكـن مانعـا بالنسبـة إلى المورث فكذلك لا يكون مانعا بالنسبة إلى وراثه.

٣- لو تم تسديد الديون أو تنازل الغرماء لاعتبرت التركة ملكا للورثة بـالأثر الرجعـي إلى لحظة وفاة المورّث، وهذا دليل على ان الملكية تنتقـل إلـيهم مـن الوفـاة، لكـن الديون تمنع التصرف والتقسيم بين الورثة قبل تسديدها.

ثمرة الخلاف:

يترتب على هذا الخلاف الاختلاف في الأحكام الآتية:

١- نماء التركة للورثة على الرأي القائل بانتقال الملكية من الوفاة وضمان للدائنين على الرأي القائل بالمنع.

٢- نفقات المحافظة على التركة على الورثة بناء على الانتقال وتكون من التركة ذاتها على القول بعدم الانتقال.

٣- اذا باع شريك المتوفى حصته من المال المشترك بينهما، فلورثتـه حـق الشـفعة علـى القول بانتقال الملكية إلى الورثة، وليس لهم ذلك على الرأي المخالف.

٤- التصرف ينعقد ولكنه غير نافذ إلا بعد تسـديد الـديون أو تنـازل الغرمـاء علـى الرأي القائل بالانتقال، وباطل على الرأي المخالف.

---

[1] وهو قول الحنفية.

[2] وهو الرأي الأصح لدى الشافعية وقول لفقهاء الحنفية والحنابلة والجعفرية وأحد قولي ابي حنيفة.

[3] رواه البخاري، الفتح ٩/١٢، ط. السلفية.

مصير الذمة:

الفقه الإسلامي يختلف عن الفقه الغربي الذاهب إلى اعتبار ذمة الوارث امتدادا لذمة المورّث، وان الورثة ملزمون بتسديد جميع الديون وان كانت أكثر من التركة، مالم يقبلوا التركة في حدود الديون، أو مالم يتنازلوا عن التركة.

وقال جمهور فقهاء الشريعة: ان ذمة الإنسان عبارة عن صلاحيته لما له من الحقوق وما عليه من الواجبات والالتزامات، وهي تموت بموته وان الورثة غير ملزمين بأي حال من الأحوال بوفاء ديون مورّثهم إلا في حدود التركة، غير ان بعضا منهم قالوا: ببقاء ذمة مفترضة لخربة حماية لحقوق الدائنين.

المبحث الثالث

حق الموصى له في التركة

أجمع فقهاء الشريعة الإسلامية على انّ حق الموصى له في الوصية يلـي حقـوق الـدائنين المتعلقة بتركة المتوفى، وذلك للمنطوق الصريح للقرآن الكريم.

ويستحق الموصى له الوصية إذا توفرت أركانها وشروطها وانتفـت موانعهـا فيشـترط في الموصى به ان لا يزيد عن ثلث التركة الباقية بعد نفقات تجهيز المتوفى وبعد تسديد الـديون ولا تنفذ الوصية في الزيادة على الثلث إلا بإجازة الورثة. ويُقدم حق الموصى لـه علـى حـق الورثة، لقوله تعالى ﴿مِن بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ﴾. لكن تقديم الوصية علـى حقـوق الورثة يختلف عن تقديم الدين على الوصية وعلى حق الورثة:

أ. فالموصى به إذا كان عينا معينة كدار أو بستان تعلـق حـق الموصـى لـه بهـذه العـين بالذات ولا يجوز العدول عنها إلى عين أخرى أو قيمتها ما لم يوافق الموصى له على ذلك برضاه واختياره وهو بالغ عاقل، وتسلم إليـه قبل توزيع التركة أو معها مـا لم تـزد عـن ثلث التركة فاذا زادت سلمت العين أو قيمتها في حدود الثلث إذا لم تُجز الورثة الزيادة.

واذا استحقت العين الموصى بها أو هلكت بطلت الوصية، واذا كان الهلاك بخطـأ الغـير أو بتقصير الورثة يحل محلها بدلها من التعويض.

ب. وان كان الموصى به حصة شائعة من التركة كثلثها أو ربعها أو خمسـها.. فالموصـى لـه يعتبر شريكا للورثة في التركة الباقية بعد الحقـين الأوّلـين، فكأنـه واحـد مـنهم فتقـديم الوصية فـي هذه الحالة نظري فقط، وأما من الناحية العملية فـلا تقـديم ولا تـأخير ولا يستحق الموصى له شيئا قلّ أو كثر إلا ويستحق منه الورثة ثلثيه إذا كان الجـزء الشـائع ثلث التركة.

ولو هلك شيء من التركة قبل التوزيـع هلك على الجميع ولا يعطى الموصـى لـه إلا مـن الثلث الباقي.

بخلاف الدين فانه إذا هلك بعض التركة قبل تسديد الدين وبقي البعض، أخذ الدائن حقـه كاملا من الباقي [1].

---

[1] لمزيد من التفاصيل راجع بدائع الصنائع ١٠ / ٤٨٥٠ التاج المذهب ٣٦٥/٤.

المبحث الرابع
حق الورثة في التركة

يلي حقُ الورثةِ حقَ الموصى له وهم في المرتبة الأخيرة. والورثة يستحقون التركة إما بالقرابة أو بالزوجية. والورثة عند جمهور الفقهاء ثلاثة أنواع:

النوع الأول – أصحاب الفروض:

(الذين لهم نسب محددة من التركة) وهم اثنى عشر صنفا:

١- الزوج
٢- الزوجة
٣- الأب
٤- الأم
٥- البنت
٦- بنت الابن (وان نزل)
٧- الأخت الشقيقة
٨- الأخت من الأب
٩- الأخت من الأم
١٠- الأخ من الأم
١١- الجد العصبي(أبو الأب وان علا)
١٢-الجدة (أم الأب وان علا وأم الأم وان علت)

النوع الثاني – العصبات[١]:

(الذكور الذين لم تحدد نسب أسهمهم بالنص) وهم أربعة أصناف:

١- البنوة (الابن وابن الابن وان نزل)
٢- الأبوة (الأب وأبو الأب وان علا)
٣- الإخوة (الأخ الشقيق، والأخ من الأب، وابن الأخ الشقيق وان نزل وابن الأخ من الأب وان نزل)

---

[١] أي العصبات بالنفس، وهناك نوعان آخران من العصبات وهما:
أ–العصبات بالغير (البنات مع البنين وبنات الابن مع أبناء الابن والأخوات الشقيقات مع الإخوة الأشقاء والأخوات لأب مع الإخوة لاب).
ب– العصبة مع الغير (الأخت الشقيقة أو لأب إذا اجتمعت مع البنت أو بنت الابن).

٤- العمومة (العم الشقيق، والعم من الأب، وابن العم الشقيق وان نزل وابن العم من الأب وان نزل).

النوع الثالث – ذوو الأرحام:

وهم ما عدا أصحاب الفروض والعصبات من الأقارب وعند الجعفرية: للورثة ثلاث مراتب:

المرتبة الأولى – الأبوان المباشران، والأولاد، وأولاد الأولاد وان نزلوا، ذكورا كانوا أم إناثا.

المرتبة الثانية – الأجداد والجدات والإخوة وأولادهم وان نزلوا ذكورا كانوا أم إناثا والأخوات وأولادهن وان نزلوا ذكورا أم إناثا.

المرتبة الثالثة – الأعمام والعمات، والأخوال، والخالات، وأولاد هؤلاء وأولاد أولادهم وان نزلوا ذكورا أم إناثا.

وقالوا كل مرتبة تحجب المرتبة التي تليها، فإذا وجد واحد من المرتبة الأولى، ذكرا كان أم أنثى، لا ترث أحد من المرتبة الثانية والثالثة. وإذا وجد شخص من المرتبة الثانية لا يرث أحد من المرتبة الثالثة.

الأنصبة المقررة للورثة:

أولا نصف التركة:

ويكون لخمسة أصناف:

١- لزوج لم يكن لزوجته المتوفاة فرع وارث لا منه ولا من غيره وهو الولد وولد الابن وولد ابن الابن وإن نزل.
٢- لبنت واحدة إذا لم يكن لها مُعصِّب.
٣- لبنت الابن الواحدة إذا لم يكن لها معصب ولم تُحجب.
٤- لأخت شقيقة واحدة إذا لم يكن لها معصب ولم تُحجب.
٥- لأخت من الأب إذا كانت واحدة ولم يكن لها مُعصب ولم تُحجب.

ثانيا – ثلثا التركة:

ويكون لأربعة أصناف:

١- لبنتين فأكثر إذا لم يكن معهن معصب.

٢- لبنتي ابن فأكثر إذا لم يكن معهن معصب ولم يُحجبن.

٣- لأختين شقيقتين فأكثر إذا لم يكن معهن مُعصب ولم يُحجبن.

٤- لأختين من الأب فأكثر إذا لم يكن معهن مُعصب ولم يُحجبن.

ثالثا – ثلث التركة:

ويكون لثلاثة أصناف:

١- لام الميّت بشروط خاصة تأتي.

٢- لأخي الميّت من أمه إذا كان أكثر من واحد أي (الأخوين من الأم فأكثر إذا لم يحجبوا).

٣- لأخت الميّت من امه إذا كانت أكثر من واحدة أي (الأختين من الأم فأكثر إذا لم يُحجبن).

رابعا – ربع التركة:

ويكون لصنفين:

١- للزوج إذا كان للزوجة المتوفاة فرع وارث.

٢- للزوجة إذا لم يكن للزوج المتوفى فرع وارث.

خامسا – سدس التركة:

ويكون لثمانية أصناف:

١- لأبي الميّت عند وجود الفرع الوارث.

٢- لأم الميّت عند وجود الفرع الوارث، أو عند وجود عدد من الإخوة والأخوات للمتوفى.

٣- للجد (أبي الأب) عند وجود الفرع الوارث.

٤- للجدة أم الأم أو أم الأب مطلقا (وجد الفرع الوارث أم لا).
٥- للأخ من الأم إذا كان واحدا ولم يُحجب.
٦- للأخت من الأم إذا كانت واحدة ولم تُحجب.
٧- للأخت من الأب إذا اجتمعت مع أخت شقيقة واحدة [1] ولم تُعصب.
٨- لبنت الابن إذا اجتمعت مع بنت واحدة [2] ولم تُعصب.

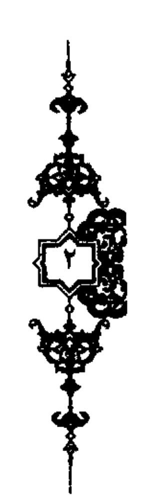
سادساً — الثمن:

ويكون لصنف واحد للزوجة إذا كان لزوجها المتوفى فرع وارث، واحدة كانت أو أكثر.

---

[1] أي عند جمهور الفقهاء. أما عند الجعفرية فهي تحجب بالأخت الشقيقة.
[2] أي عند جمهور الفقهاء. أما في القانون العراقي وفي الفقه الجعفري فإنها تحجب بالبنت





الباب الثاني

الورثة وكيفية توريثهم

ويتضمن فصولا ثلاثة:

الفصل الأول – أصحاب الفروض وكيفية توريثهم.

الفصل الثاني – العصبات وكيفية توريثهم.

الفصل الثالث – ذوو الأرحام وكيفية توريثهم.





الفصل الأول

أصحاب الفروض وكيفية توريثهم [١]

سبق ان بينا أن أصحاب الفروض اثني عشر صـنفا، لكن من حيث درجة الصلة بالميت بالإمكان إرجاعهم إلى ستة، وعلى هذا الأساس يتم توزيع دراسة كيفيـة ميراثهم على سـتة مباحث، يضـاف إليهـا مبحـث مسـتقل لبيـان شـروط وأحكـام الوصـية الواجبـة بالنسبة لأولاد الأولاد.

المبحث الأول

استحقاق الزوجين من التركة

استحقاق الزوجين من التركة في الميراث بالزوجية يكون المتوفى هو احد الزوجين، ولكل منهما حالتان.

استحقاق الزوج:

لميراث الزوج بالزوجية حالتان:

الحالة الأولى – له نصف تركة زوجته المتوفاة ان لم يكن لها فرع وارث لا منه ولا من زوج سابق [٢].

---

[١] وجه تقديم أصحاب الفروض هو رعاية قول رسول الله ﷺ (الحقوا الفرائض بأهلها فما بقي فلأولى رجل ذكر).

[٢] المراد بالفرع الوارث عند جمهور الفقهاء هو: الابن، البنت، وأولاد الابن وأولاد ابن الابن وان نزلوا ذكورا أم إناثا.

الورثة:	زوج	اخ شقيق
الفروض:	٢/١	ق
الأسهم:	١	١

الحالة الثانية: له ربع تركة زوجته المتوفاة ان كان لها فرع وارث منه أو من زوج سابق.

الورثة:	زوج	ابن
الفروض	٤/١	ق
الأسهم	١	٣

والدليل على هاتين الحالتين قوله تعالى ﴿وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِن لَّمْ يَكُن لَّهُنَّ وَلَدٌ فَإِن كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ فَلَكُمُ الرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْنَ مِن بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِينَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ﴾ [1].

وقد يجتمع في الزوج سببان: بأن يكون ابن عم لزوجته، ولا يكون لها وارث اقرب منه قرابة، فيرث الباقي قرابة وتعصيبا.

وعند بعض الفقهاء يرث الزوج الباقي بالرد ان لم يكن لزوجته وارث آخر [2].

استحقاق الزوجة:

لزوجة واحدة فأكثر إلى حد اربع حالتان:

الحالة الأولى – لزوجة واحدة فأكثر ربع تركة الزوج المتوفى ان لم يكن له فرع وارث لا من الزوجة الوارثة ولا من زوجة أخرى.

الورثة:	زوجة	عم شقيق
الفروض:	٤ / ١	ق
الأسهم:	١	٣

وعند الجعفرية بالإضافة إلى هؤلاء يعتبر من الفرع الوارث أولاد البنت، وأولاد بنت الابن وأولاد بنت ابن الابن وان نزل. إيضاح الفوائد ٣ / ٢٣٦.

[1] سورة النساء / ١٢.

[2] فرق فقهاء الجعفرية بين الزوج والزوجة في الرد أي في استحقاقهما فيما يبقى من التركة بعد ان يأخذ كل حقه منها فاذا لم يكن هناك وارث آخر يكون للزوج دون الزوجة الحق في الباقي عن طريق الرد في إيضاح الفوائد (٢٣٧/٤): (المشهور بين الأصحاب ان يكون المال كله للزوج (أي في حالة عدم وجود وارث آخر) نصفه بالتسمية ونصفه الآخر بالرد).

الحالة الثانية – لزوجة واحدة فأكثر ثمن تركة الزوج المتوفى ان كان له فرع وارث منها أو من زوجة أخرى.

والدليل على هاتين الحالتين قوله تعالى ﴿وَلَهُنَّ الرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْتُمْ إِن لَّمْ يَكُن لَّكُمْ وَلَدٌ فَإِن كَانَ لَكُمْ وَلَدٌ فَلَهُنَّ الثُّمُنُ مِمَّا تَرَكْتُم مِّن بَعْدِ وَصِيَّةٍ تُوصُونَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ﴾ [1].

ليس للزوجة الحق فيما يبقى عن طريق الرد عند عدم وجود وارث آخر بل يكون الباقي للخزانة العامة.

وقال عثمان بن عفان من الخلفاء الراشدين ﷺ: للزوجين الباقي عن طريق الرد كبقية الورثة عملا بقاعدة (الغرم بالغنم) لأنه بالعول يدخل النقص على أنصباء أصحاب الفروض من التركة بدون فرق بين الزوجين وبين غيرهما من أصحاب الفروض فيجب ان يزيد نصيبهما بما يبقى من التركة عند عدم وجود وارث آخر [2].

واقترح ان يأخذ المشرع العراقي بهذا الرأي مادامت للخزانة العامة موارد أخرى كافية للنفقات العامة أخذا برأي سيدنا عثمان ﷺ إضافة إلى ذلك فان كل واحد منهما ساهم في تكوين التركة فليس من الأنصاف والعدل حرمان الشخص من ثمرة عمله الشخصي.

والمشهور في الفقه الجعفري: ان الزوجة إذا لم يكن لها ولد لا ترث من الأرض مطلقا لا عينا ولا قيمة، وترث من العقار التابع للأرض قيمته [3].

اما الزوج فيرث من جميع ما تخلفه المرأة سواء دخل بها أو لا. [4]

ومن البدهي أن الزوجين شريكان في الحياة المعنوية والمادية، فرأس مال الشركة الروحية هو الاحترام المتقابل والحب المتبادل، وربحها انجاب جيل جديد صالح لعضوية المجتمع. أما

---

[1] سورة النساء /١٢.

[2] وأخذ به جابر بن زيد من فقهاء التابعين وعثمان البتي.

[3] وتعليل ذلك هو النقل عن الأئمة، والعقل وهو الخوف من إدخال المرأة على الورثة شخصا غريبا يكون سببا للمشاكل في اللمعة الدمشقية وشرحها الروضة البهية (٣٢٦/٢): وتمنع الزوجة غير ذات الولد من الأرض مطلقا (أي سواء كانت مشغولة بالبناء أم لا) عينا وقيمة وتمنع من آلات البناء من الأخشاب والأبواب والأبنية من الأحجار والطوب وغيرها عينا وقيمة، فيقوم البناء والدور في ارض المتوفى خالية عن الأرض باقية فيها إلى ان تفنى بغير عوض على الأظهر وتعطى من القيمة الربع أو الثمن) وفي القواعد وشرحها إيضاح الفوائد (٢٣١/٤): وان لم يكن لها ولد فالمشهور أنها لا ترث من رقبة الأرض شيئا وتعطى حقها من قيمة الآلات والأبنية والنخل والشجر وقيل إنما تمنع من الدور والمساكن. وقيل ترث من قيمة الأرض ايضا لا من العين.

[4] المرجع السابق.

رأس مال الشركة المادية فهو جهودهما الفكرية والبدنية التي تُسمى في الإصطلاح القانوني والفقهي (شركة الأبدان) وربعها الثروة المادية المكونة في الأسرة. فالزوج يعمل خارج البيت والزوجة تعمل غالبا داخل البيت وتتولى الشؤون الداخلية، وقد تعمل خارج البيت أيضا بأن تكون موظفة أو قائمة بالأعمال الزراعية والثروة الحيوانية، وبناءً على هذه الحقائق، فالتركة التي يتركها الزوج المتوفى ليست مالا خالصاً له، بل ساهمت الزوجة في تكوين بعضها، وعلى هذا الأساس يجب إخراج حصة الزوجة منها مما شاركت في تكوينها قبل إخراج الربع أو الثمن لها، وتُحدد هذه الحصة من قبل أهل الخبرة، وهذا ما أُدخل في أحكام ومواد قانون الأحوال الشخصية المرقم (١٥) في ٢٠٠٨/١١/١٣ في اقليم كوردستان العراق، في الفقرة الأولى من المادة ٢٥، بناءً على اقتراحي وأصبح نافذا في التأريخ المذكور.

قوة الصلة الزوجية:

١. لا يُحجبُ أي من الزوجين حجب حرمان بأي وارث آخر[١].
٢. لا يَحجب أي من الزوجين بصفة الزوجية[٢] وارثاً آخر من التركة.

التطبيقات:

الورثة:	زوجة	ابن
الفروض:	١ / ٨	ق
الأسهم:	١	٧

الورثة:	اربع زوجات	ابن الابن
الفروض:	١ / ٨	ق
الأسهم:	١	٧

الورثة:	زوجة	الخزانة العامة[٣]
الفروض:	١/٤	ق
الأسهم:	١	٣

---

[١] لكن يحجبان حجب نقصانٍ بالفرع الوارث.

[٢] لكن الزوج قد يحجب وارثا ابعد عن طريق القرابة.

[٣] ونرى أن العدالة الإلهية تقتضي رد الباقي على الزوجة، فيكون لها كل التركة فرضا ورداً، كما أفتى به سيدنا عثمان بن عفان، الخليفة الثالث ﷺ.

المبحث الثاني
استحقاق الأبوين من التركة

لكل من أبوي الميّت حالات خاصة يستحق في كل حالة مـن التركـة مـا لا يسـتحقه في الحالات الأخرى:

حالات استحقاق ابي المتوفى من تركته:

للأب الذي يموت احد أولاده ذكراً كان أم أنثى الحالات الثلاث الآتية:

الحالة الأولى: له سدس التركة فقط إذا كان للمتوفى فرع ذكـر(الابـن أو ابـن الابـن وان نزل).

الورثة:	أب	ابن (أو ابن ابن)
الفروض:	١/٦	ق
الأسهم:	١	٥

الحالة الثانية : له كل التركة أو باقيها إذا لـــم يكـن للمتـوفى فـرع وارث مطلقـا (لا الـذكر ولا الأنثـى) أو كـان لـه وارث ولكـن كـان محجوبـا بـالأب كـالإخوة والأخوات.

الورثة:	أب	أخ ش
الفروض:	ك (كل التركة)	م

الورثة:	زوجة	أب
الفروض:	١/٤	ق
الأسهم	١	٣

الحالة الثالثة : ميراثه مع الفرع الوارث الأنثى (البنت أو بنت الابن وان نزل)

أ- عند جمهور الفقهاء:

له السدس فرضا والباقي بعد نصيب الفرع الوارث الأنثى تعصيبا.

الورثة:	(٢) بنت	أب
الفروض:	٢ / ٣	١/٦
الأسهم:	٤	١ فرضاً
		١ تعصيباً

الورثة:	بنت الابن	أب
الفروض:	١ /٢	١/٦
الأسهم:	٣	١ فرضا
		٢ تعصيبا

ب – في الفقه الجعفري:

لا خلاف بين الفقهين السني والجعفري في الحالتين الأولى والثانية وإنما الخلاف في الحالة الثالثة، وفي الفقه الجعفري: لا فرق بين اجتماع الأب مع الابن أو ابن الابن أو بنت الابن فيكون للأب السدس والباقي للابن أو ابن الابن أو بنت الابن لأنها تحل محل والدها فكأنه اجتمع مع الابن.

وفي هذا الفقه إذا اجتمع مع البنت أو بنت البنت له السدس وللبنت أو بنت البنت النصف إذا كانت البنت واحدة والثلثان إذا كانت أكثر من واحدة والباقي يرد عليهما بالنسبة إلى حصصهما:

الورثة:	(٢) بنت	أب	المسألة (٦).
الفروض:	٢/٣	١/٦	يبقى سهم واحد يقسم عليهم بنفس
الأسهم:	٤	١	النسبة. وترد المسألة إلى (٥)
			للأب ١/٥ ولكل بنت ٢/٥

ج – في القانون:

للأب السدس مع البنت واحدة أو أكثر والباقي للبنــت أو البنــات فرضــا وردا بموجــب الفقرة الثانية من المادة (٩١) المعدلة. اما مع بنت الابن فللأب السدس أيضا لكــن مصــير الباقي يختلف، ففي الفقه السني يكون للأب تعصيبا وفي الفقه الجعفري يكــون لبنت الابن لأنها تحل محل والدها [1].

قوة قرابة الاب:

١- والد المتوفى لا يُحجب بأي وارث حجب حرمان.

٢- لا يرث معه إلا أولاد المتوفى وأولاد ابنه في الفقــه الســني وأولاد بنتــه ايضــا في الفقه الجعفري واحد الزوجين وام المتوفى وام امه ويحجب من الميراث مــن ســواهم مــن بقيــة

---

[1] في إيضاح الفوائد في شرح القواعد للمحلى (٢١١/٤): (للأب المنفرد المال. وللام المنفردة الثلث والباقي يرد عليهما. فان اجتمعا فللام الثلث والباقي للأب ومع الإخوة الحاجبين لها السدس والباقي للاب. ولا يرث الاخوة شيئا وان حجبوا الأم من الثلث الى السدس.

ولو اجتمع الأبوان أو احدهما مع ولد ذكر (الذكر) فصاعدا فلهما السدسان أو السدس ان كان واحدا والباقي للولد أو لمن زاد بالسوية. ولو كان مع الأبوين أو مع احدهما أولاد ذكورا وإناث فللواحد السدس ولهما السدسان والباقي للأولاد للذكر ضعف الأنثى.

من التطبيقات:

الورثة: أب بنت (او بنت بنت) المسألة (٦)

الفروض: ١/٦ ١/٢ الباقي (٢) يردان عليهما ارباعا

الأسهم: ١ ٣

فترد المسألة الى (٤) للأب ١/٤ وللبنت أو بنت البنت ٣/٤

الورثة: اب. بنت الابن (او الابن أو ابن الابن) ، بنت الابن تحل محل والدها

١/٦ ق

١ ٥

الورثة: اب. ام. بنت (٣) إخوة لأبوين أو لأب

الفروض: ١/٦ ١/٦ ١/٢ الباقي (١) يرد على الأب والبنت أرباعا دون الأم

الأسهم: ١ ١ ٣ لأنها مع الإخوة لا ترث أكثر من السدس

الورثة: اب. ام. بنت المسألة (٦) ترد الى (٥)

الفروض ١/٦ ١/٦ ١/٢ يبقى سهم واحد يرد على الكل أخماسا

الأسهم ١ ١/٣ ١ /٣ ١/٥ للاب، ١/٥ للام، ٣/٥ للبنت.

الورثة باجماع الفقهاء، وكذلك لا ترث معه الجدة (ام الام) في الفقه الجعفري لانها من المرتبة الثانية وهو من المرتبة الأولى.

الورثة:	أب	أخ شقيق
الفروض:	ك	م

الورثة:	زوج	أب
الفروض:	١/٢	ق
الأسهم:	١	١

الورثة:	زوجة	أب	عم
الفروض:	١/٤	ق	م
الأسهم:	١	٣	لا شيء

استحقاق ام المتوفى من تركته:

لميراث ام المتوفى من تركته ثلاث حالات:

الحالة الأولى – لها ثلث التركة بالشروط الآتية:

١- ان لا يكون للمتوفى فرع وارث ذكر أو أنثى.[1]

٢- ان لا يكون للمتوفى عدد من الإخوة والأخوات.

٣- ان لا تجتمع مع الأب واحد الزوجين عند توفر الشرطين السابقين.

الورثة:	ام	أب
الفروض:	١/٣	ق
الأسهم	١	٢

الحالة الثانية – لها سدس التركة في احدى الصورتين التاليتين:

أ- إذا كان للمتوفى فرع وارث (ذكرا كان ام أنثى).

ب- إذا كان له عدد من الإخوة أو الأخوات [1].

---

[1] سبق ان بحثنا ان المراد بالفرع الوارث عند الجمهور الابن وأولاده ذكورا ام إناثا والبنت وعند الجعفرية هؤلاء مع أولاد البنات وأولاد بنات الابن.

الورثة:	ام	ابن (او ابن الابن)	
الفروض:	١/٦	ق	
الأسهم:	١	٥	

الورثة:	ام	اب	(٣) إخوة أشقاء
الفروض:	١/٦	ق	م
الأسهم:	١	٥	لا شيء

الحالة الثالثة– لها ثلث الباقي بعد نصيب احد الزوجين بالشروط الآتية:

١-ان لا يكون للمتوفى فرع وارث ذكراً أو أنثى.

٢-ان لا يكون له عدد من الإخوة أو الأخوات مطلقاً (لأبوين أو لأب أو لأم) عند أهل السنة.

٣- ان تجتمع مع الأب احد الزوجين.

فاذا توفرت هذه الشروط الثلاثة يكون للأم ثلث الباقي بعد نصيب احد الزوجين وذلك رعاية لقاعدة (للذكر مثل حظ الأنثيين) [٢].

وقال فقهاء الجعفرية [٣]. والظاهرية [٤] لها الثلث الكامل رعاية لظاهر قوله تعالى: ﴿فَإِن لَّمْ يَكُن لَّهُ وَلَدٌ وَوَرِثَهُ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ الثُّلُثُ﴾[٥] ولم يأخذ الجمهور بظاهر هذه الآية رعاية لقاعدة (للذكر مثل حظ الأنثيين).

الورثة: زوج	ام	أب	أصل المسألة (٦)[٦].	
الفروض: ١/٢	يكون ١/٣	الباقي ق		(المضاعف المشترك الاصغر)

---

[١] عند الجمهور المراد بالعدد مافوق واحد من اخ أو اخت أو كليهما. واما عند الجعفرية فالعدد هو اخوان ذكران فما فوق أو اربع اخوات فما فوق. أو اخ واختان. ايضاح الفوائد ٤/٢١١.. كما اشترط الجعفرية أن لا يكون الإخوة والأخوات من الأم. الروضة البهية ٢/٣٠٢.

[٢] ولو لم يكن للأم ثلث الباقي لكان نصيب الأم أكثر من نصيب الاب، وهذا يتعارض مع القاعدة الشرعية العامة القاضية بان لكل ذكر يجتمع مع انثى في درجة من القرابة ضعف نصيبها.

[٣] الكافي للكليني، ايضاح الفوائد ٣/٢١٢.

[٤] المحلى ٩ / ٢٦٢.

[٥] سورة النساء /١١.

[٦] هذا العدد مضاعف مشترك اصغر للكسرين (١/٣، ١/٢) لذا يعتبر اصلا لتوزيع التركة على اساسه.

الأسهم:	٣	١	٢	
الورثة:	زوجة	ام	أب	اصل المسألة (١٢)[1]
الفروض:	١/٤	يكون١/٣ الباقي	ق	(المضاعف)
الأسهم:	٣	٣	٦	

والدليل على الأحكام المذكورة لميراث ابوي المتوفى قوله تعالى ﴿وَلأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِن كَانَ لَهُ وَلَدٌ، فَإِن لَّمْ يَكُن لَّهُ وَلَدٌ وَوَرِثَهُ أَبَوَاهُ فَلأُمِّهِ الثُّلُثُ، فَإِن كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلأُمِّهِ السُّدُسُ مِن بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ﴾(النساء : ١١)[2].

يرى فقهاء الإمامية والظاهرية ان للأم الثلث الكامل في هذه الحالة عملاً بظاهر هذه الآية اخذاً برأي ابن عباس.

قوة قرابة الأم:

١- لا تحجب الأم من الميراث حجب حرمان بأي وارث بإجماع فقهاء الشريعة.

٢- عند جمهور الفقهاء:

أ- تحجب جميع الأقارب من ذوي الأرحام

ب- لاتحجب احدا من العصبات

ج- تحجب الجدة الأمية (أم الأم) والجدة الابوية (ام الاب).

٣- عند فقهاء الجعفرية:

تحجب كل وارث يكون من المرتبة الثانية والثالثة لانها من المرتبة الأولى.[3]

---

[1] هذا العدد مضاعف مشترك اصغر للكسرين (١/٤، ١/٣) لذا يعتبر اصلا للمسألة.

ومذهبا الظاهرية والجعفرية يتفقان مع مذهب ابن عباس ﷺ حيث يروى ان ابن عباس سأل زيد بن ثابت: هل تجد في كتاب الله ثلث الباقي؟ قال كلا ولكني قلت برأي لا افضل اماً على أب. فقال له ابن عباس: كتاب الله أحق ان يؤخذ به من رأيك. تفسير الرازي ٩ / ٢٢١.

[2] كتاب الخلاف في الفقه للامام ابي جعفر محمد بن الحسن بن علي الطوسي ٤٥/٢.

[3] كتاب الخلاف في الفقه للإمام أبي جعفر سعد بن الحسن بن علي الطوسي ٤٥/٢.

المبحث الثالث

استحقاق البنت، وبنت الابن من التركة

لكل من بنت المتوفى وبنت ابنه حالات وهـي متفقة في بعض الصور، وختلفـة في صـور اخرى.

استحقاق البنت:

لبنت المتوفى اباً كان ام اماً اربع حالات:

الحالة الأولى – لها نصف التركة بالشرطين التاليين:

١- ان تكون واحدة.

٢- ان لا يجتمع معها ابن المتوفى.

الورثة:	بنت	زوج	ام	اب	اصل المسألة (١٢)
الفروض:	٢/١	٤/١	٦/١	٦/١	عالت إلى (١٣)
الأسهم :	٦	٣	٢	٢	

الحالة الثانية:- لأكثر من واحدة ثلثا التركة إذا لم يجتمع معهن ابن المتوفى[1].

الورثة:	(٢)بنت	ام	اب	اصل المسألة (٦)
الفروض:	٣/٢	٦/١	٦/١	(المضاعف البسيط)
الأسهم:	٤	١	١	

---

(١) استُشهد سعد بن الربيع وترك ابنتين وامرأة واخاً فاخذ الاخ التركة كلها فأتـت المرأة وقالـت: يارسـول الله! هاتان ابنتا سعد وان سعدا قتل وان عمهما أخـذ مالهمـا. فقـالﷺ: (ارجعـي فلعـل الله سيقضـي فيه). ثم انها عادت بعد مدة وبكت فنزل قوله تعالى ﴿(يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنْثَيَيْنِ فَإِنْ كُنَّ نِسَاء فَوْقَ اثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ وَإِنْ كَانَتْ وَاحِدَةً فَلَهَا النِّصْفُ﴾ النساء/١١ فدعا رسول اللهﷺ عمهما وقال اعط ابنتي سعد الثلثين وامهما الثمن ومابقى فهو لك فهذا أول مـيراث مسـلم في الإسلام. ينظر فتح الباري شرح صحيح البخاري لابن حجر العسقلاني ٤/١٥. التفسير الكبير للرازي ٩/ ٢٠٣ – ٢٠٤. في هذه الآية قال تعالى فـوق اثنـتين وقـال في آيـة أخـرى ﴿فَإِنْ كَانَتَا اثْنَتَيْنِ فَلَهُمَا الثُّلُثَانِ مِمَّا تَرَكَ﴾ النساء /١٧٦. ففي الأيتين تفنن بلاغي فحذف في اللاحقة مـاذكر في السـابقة (فَوْقَ اثْنَتَيْنِ) وحذف في السابقة ماذكر في اللاحقة (فَإِنْ كَانَتَا اثْنَتَيْنِ).

الحالة الثالثة – ترث البنت واحدة كانت ام أكثر وفقا لقاعدة (للذكر مثل حظ الأنثيين) عند الاجتماع مع ابن المتوفى.

الورثة:	زوج	بنت	ابن
الفروض:	٤/١	ق	(للذكر مثل حظ الأنثيين)
الأسهم:	١	١	٢

الورثة:	زوجة	(٣)ابن	بنت
الفروض:	٨/١	١	٧ ق (للذكر مثل حظ الأنثيين)
الأسهم:	١	٦	١ (لكل ابن سهمان وللبنت سهم واحد)

الحالة الرابعة- تستحق البنت أو البنات في حالة عدم وجود ابن للمتوفى ماتبقى من التركة بعد اخذ الأبوين والزوج الآخر فروضهم منها وتستحق جميع التركة عند عدم وجود أي منهم.

وهذه الحالة جاءت في الفقرة الثانية[1] من المادة (٩١) من قانون الأحوال الشخصية العراقي بموجب المادة الثامنة من القانون رقم (٢١) لسنة ١٩٧٨ التعديل الثاني لقانون الأحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩.

الورثة:	أب	بنت
الفروض:	١ / ٦	١ / ٢
الأسهم:	١	٣ فرضا + ق ردا = ٥

والسهمان الباقيان في هذه المسألة للأب عند جمهور الفقهاء. ويرد عليهما عند الجعفرية. وللبنت في القانون، وبذلك يعتبر المشرع العراقي قد خرج على ما اجمع عليه فقهاء الشريعة الإسلامية. كما لم يسبقه أي قانون آخر في هذا الحكم.

١- بمقتضى هذه الفقرة من مات من اهل السنة عن جد وجدة فالتركة كلها للبنت وحدها فرضاً ورداً. واذا مات عن ابن وجد وجدة فلكل منهما السدس والباقي للابن وبهذا قد جعل المشرع العراقي مركز البنت اقوى من مركز الابن، وهذا ما لم يقل به أي قانون في العالم، غير ان الخطأ جاء من عدم دقة صياغة الفقرة الثانية، لان المشرع اراد ان يكون التعديل كالآتي (تعتبر البنت بحكم الابن في الحجب) كما في الفقرة الرابعة من المادة (٨٩) (تعتبر الأخت الشقيقة بحكم الاخ الشقيق في الحجب) اخذا بما جاء في الفقه الجعفري. وندعوا المشرع العراقي الى اعادة النظر في هذه الفقرة وتعديلها بما يتفق مع العدالة وروح الشريعة الإسلامية.

والدليل على الحالات الثلاث الأولى قوله تعالى ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ فَإِن كُنَّ نِسَاءً فَوْقَ اثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ وَإِن كَانَتْ وَاحِدَةً فَلَهَا النِّصْفُ﴾[1].

قوة قرابة البنت:

١-لا تحجب بأي وارث حجب الحرمان.

٢-عند الجمهور: تحجب جميع الأقارب من ذوي الأرحام والإخوة والأخوات من الام. كما تحجب بنت الابن إذا كانت البنت أكثر من واحدة.

٣-عند الجعفرية: تحجب أولاد الأولاد من المرتبة الأولى وكل وارث يكون من المرتبة الثانية والثالثة.

٤- في القانون: تحجب جميع الورثة باستثناء خمسة اصناف وهم الأبوان والزوجان وابن المتوفى.

استحقاق بنت الابن:

لبنت ابن المتوفى خمس حالات:

الحالة الأولى – لها نصف التركة بالشروط التالية:

١- ان تكون واحدة.

٢- ان لا يكون للميت ابن ولا بنت.

٣- ان لا يجتمع معها ابن الابن.

الورثة:	زوج	بنت الابن	اب	اصل المسألة (١٢)
الفروض:	١/٤	١/٢	١/٦	
الأسهم:	٣	٦	٢ فرضا + ١ تعصيبا	

الحالة الثانية – لأكثر من بنت ابن واحدة ثلثا التركة بالشروط التالية:

١-ان لا يكون للميت ابن ولا بنت.

٢-ان لا يكون للميت ابن ابن.

---

[1] النساء/١١

٢ سواء كان اخا لبنت الابن ام ابن عم لها.

الورثة:	(٢) بنت ابن	ام	اب
الفروض:	٣/٢	٦/١	٦/١
الأسهم:	٤	١	١

الحالة الثالثة – ترث بنت الابن (واحدة كانت ام أكثر) وفقا لقاعدة (للذكر مثل حظ الأنثيين) في حالة الاجتماع مع ابن الابن [1].

الورثة:	زوج	بنت ابن	ابن ابن
الفروض:	٤/١	ق [2]	
الأسهم:	١	١	٢

الحالة الرابعة – عند جمهور الفقهاء [3]. لبنت الابن (واحدة كانت ام أكثر) سدس التركة بالشروط الآتية:

١- ان تجتمع مع بنت واحدة. [4]

٢- ان لايكون للمتوفى ابن.

٣- ان لا يجتمع معها ابن الابن. [5]

الورثة:	بنت	بنت الابن	ام	اب
الفروض:	٢/١	٦/١	٦/١	٦/١
الأسهم	٣	١	١	١

وتحجب بالبنت عند الجعفرية لان البنت من الدرجة الأولى وهي من الدرجة الثانية، رغم كونهما من المرتبة الأولى.

---

[1] هذا عند جمهور الفقهاء اما عند الجعفرية فالباقي يرد على بنت الابن لانها تحل محل والدها فكأن الأب اجتمع مع الابن. في ايضاح الفوائد ٢١٢/٤ (ولولد البنت نصيب امه ذكرا كان ام انثى وهو النصف مع الانفراد أو مع الأبوين ويرد عليه كأمه وان كان ذكرا ولولد الابن نصيب الابن ذكرا كان ام انثى وهو جميع المال ان انفرد والفاضل عن الفرائض ان اجتمع مع ذوي الفروض أو احد الزوجين).

[2] سواء كان اخا لبنت الابن ام ابن عم لها.

[3] في الفقه الجعفري وفي القانون: اولاد الابن لايرثون مع البنت سواء كانوا ذكروا ام اناثا.

[4] واذا كانت مع أكثر من بنت واحدة تحجب من الميراث.

[5] والا فترث وفق قاعدة للذكر مثل حظ الانثيين.

الحالة الخامسة – تستحق بنت الابن التركة عن طريق الوصية الواجبة وسيأتي بيان هـذه الحالة في المبحث القادم وعند جمهور الفقهاء. يعتبر أولاد بنـات المتـوفى مـن ذوي الأرحام ويأتي بيان توريثهم في الفصل الثالث.

ميراث أولاد الأولاد في الفقه الجعفري:

قال فقهاء الجعفرية: ولد الولد يقـوم مقـام الولـد ويأخـذ نصـيب مـن يتقـرب بـه إلى المتوفى.[1]

فولد البنت يقوم مقام البنت ذكرا كان ام انثى. وولد الابن يقوم مقام الابن ذكرا كان ام انثى. فاذا اجتمعا اخذ كل نصيب من يتقرب به إلى المتوفى.

الورثة:	بنت الابن	ابن البنت
الفروض:	٣ / ٢	٣ / ١
الأسهم:	٢	١

ولو اجتمع معهم الأبوان يكون لكل واحد منهما السدس والباقي يكون بينهم كما سبق.

ولو اجتمع معهم احد الزوجين فله نصيبه الادنـى والبـاقي بيـنهم كمـا ذكـر وفي اصح القولين في الفقه الجعفري ان أولاد البنت إذا كانوا ذكورا واناثا توزع عليهم حصـة والـدتهم للذكر مثل حظ الأنثيين وقيل يقتسمون بالسوية.[2]

قوة قرابة بنت الابن:

١- تحجب حجب نقصان كلا من الأبوين والزوجين فتحجبـه مـن اوفـر حظيـه لكـل مـن الأبوين السدس، وللزوج الربع، وللزوجة الثمن.

٢- تحجب حجب حرمان الأقارب من ذوي الأرحام ذكوراً كانوا ام اناثاً، كما تحجب الإخـوة والأخوات من الأم.

---

[1] واستدلوا بعدة آيات منها قوله تعالى ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أمهاتكُمْ وَبَنَاتُكُمْ﴾ (النساء : ٢٣) فقالوا: اجمعت الامة على الاستدلال بهذه الآية على تحريم بنت البنت وبنت الابن. وقوله تعالى ﴿وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمْ﴾ اجمعت الامة على تحريم زوجة ابن الابن وزوجة ابن البنت بهذه الآية. واللفظ الواحد لايطلق مع الاطلاق إلا على حقيقة لا على مجموع الحقيقة والمجاز. وقوله تعالى ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنْثَيَيْنِ﴾ فيشمل اولاد الابن واولاد البنت ايضا... ايضاح الفوائد ٢١٣/٤-٢١٤. الخلاف للطوسي ٤٩/٢ نخبة الاحاديث في الوصايا والمواريث للكرباسي ٤٢/٣.

[2] اللمعة الدمشقية وشرحها الروضة البهية ٢ / ٣١٠.

٣-اذا كانت أكثر من واحدة تحجب بنات ابن الابن لأنه عندئذ تكون بنت الابن بمثابة البنت وبنت ابن الابن بمثابة بنت الابن إذا لم تُعصب.

وفي الفقه الجعفري: تحجب كل وارث من المرتبة الثانية والثالثة كما تحجب من هو ابعد منها في المرتبة الأولى، فبنت ابن الابن لاترث مع بنت الابن. والأولاد وأولاد الأولاد عندهم من المرتبة الأولى ذكوراً كانوا أو اناثا وهم درجات، فالدرجة الأولى كالابن والبنت تحجب الدرجة الثانية كأولاد الابن وأولاد البنت والدرجة الثانية كابن الابن تحجب الدرجة الثالثة كابن ابن الابن وهكذا.

المبحث الرابع

استحقاق أولاد الأولاد

من التركة بالوصية الواجبة

قبل نزول آيات أحكام الميراث، كان توزيع التركة يتم على اساس ايجاب الوصية للوالدين والاقربين، كما في قوله تعالى ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾.[1]

ثم خُصصت هذه الآية الكريمة بما عدا الوارثين الذين يستحقون التركة عن طريق الميراث.

ويرى بعض فقهاء الشريعة ان وجوب الوصية لايزال قائما ومستمرا بالنسبة لمن يتوفر فيه سبب الميراث، ولكنه لا يرث لوجود وارث اقوى منه يحجبه، أو لقيام مانع من موانع الميراث كاختلاف الدين[2].

والجمع بين آيات الميراث وآية الوصية المذكورة تبناه بعض من كبار الفقهاء. ومنهم الفقيه العظيم ابن حزم الظاهري (رحمه الله)[3]، وأقرّ الوصية الواجبة فقهاء الصحابة والتابعين وتابعي التابعين وكثير من فقهاء أئمة المذاهب الأخرى.

---

[1] سورة البقرة / ١٨٠.

[2] وقال البعض: ان آية الوصية للوالدين والاقربين نسخت بآيات الميراث. بل ذهب البعض الى ابعد من ذلك فقال نُسخت بحديث الرسول: (ان الله اعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث) وهذا خلط بين النسخ والتخصيص، وخطأ لا يغتفر لعدم وجود النسخ في القرآن.

[3] في المحلى (٩/٣١٤): (وفرض على كل مسلم ان يوصي لقرابته الذين لا يرثون، اما لكفر واما لان هناك من يحجبهم عن الميراث، أو لانهم لا يرثون فيوصي لهم بما طابت به نفسه، لا حد في ذلك، فان لم يفعل اعطوا ولابد ما رآه الورثة والوصي. فان كان والداه أو احدهما على الكفر ففرض عليه ايضا ولابد. برهان ذلك قوله تعالى ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِن تَرَكَ خَيْراً الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقّاً عَلَى الْمُتَّقِينَ، فَمَن بَدَّلَهُ بَعْدَ مَا سَمِعَهُ فَإِنَّمَا إِثْمُهُ عَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ إِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾(البقرة:١٨١)، فهذا فرض كما تسمع فخرج منه الوالدان والاقربون الوارثون وبقي من لا يرث منهم على هذا الفرض، واذا هو حق لهم واجب فقد وجب لهم من ماله جزء مفروض اخراجه لمن وجب له ان ظلم هو لم يأمر (أي لم يوص) بأخراجه).

واخذ بهذا الاتجاه المشرع المصري في قانون الوصية رقم (٧١) لسنة ١٩٤٦.[1] ثم تبنته التشريعات العربية الأخرى.[2]

ولم يأخذ به القضاء والقانون العراقيان إلى صدور التعديل الثالث لقانون الأحوال الشخصية رقم (٧٢) لسنة ١٩٧٩ الذي اضاف إلى هذا القانون المادة (٧٤) التي نصها:

١-اذا مات الولد ذكرا كان ام انثى قبل وفاة ابيه أو امه فإنه يُعتبر بحكم الحي عند وفاة أي منهما وينتقل استحقاقه من الإرث إلى أولاده ذكورا كانوا ام اناثا حسب الأحكام الشرعية، باعتباره وصية واجبة على ان لا تتجاوز ثلث التركة.

٢- تُقدم الوصية الواجبة بموجب الفقرة (١) من هذه المادة على غيرها من الوصايا الأخرى في الاستيفاء من ثلث التركة).

ويدل هذا النص في منطوقه ومفهومه على الأحكام الآتية:

١-على كل شخص قبل موته ان يوصي لأولاد ولده الذي مات في حياته وترتب على ذلك حرمانهم من تركته لوجود الأولاد من البنين والبنات.

٢- فان مات ولم يوص ناب القاضي منابه في ذلك بحكم القانون المستمد من رأي بعض فقهاء المسلمين كالظاهرية.

٣-تكون الوصية بمثابة نصيب المتوفى من والد الاحفاد إذا كانوا أولاد ابن ونصيب والدتهم إذا كانوا أولاد بنت. ولكن لكون هذا النصيب في حقيقته وصية تسري عليه أحكام الوصية يجب ان لا يزيد عن ثلث التركة إلا بإجازة الورثة.

٤- في حالة توزيع التركة وتحديد انصباء الورثة يعتبر كأن المتوفى (والد أو والدة الاحفاد) لا يزال على قيد الحياة ويحاسب على الورثة حساب الوارث الحي فيتقرر نصيبه في ضوء هذا الفرض، ثم يتحول تلقائيا إلى من خلفه من البنين والبنات.

---

[1] المواد (٧٦، ٧٧، ٧٨، ٧٩).

[2] كالقانون السوري رقم (٣٤) لسنة ١٩٧٥ في المادة (٢٥٧).

شروط تطبيق الوصية الواجبة:

لتطبيق الوصية الواجبة على القاضي رعاية الشروط التالية:

١-ان يجتمع الأولاد مع الاحفاد لان الحفيد إذا لم يجتمع مع بنت الميّت أو ابنه يستحق التركة عن طريق الميراث دون الوصية الواجبة.

٢-ان لايكون المتوفى (جد أو جدة الاحفاد) قد اعطى في حياته احفاده بغير عوض مايساوي مقدار الوصية الواجبة عن طريق الهبة وغيرها، واذا اعطاهم بلا عوض مقدارا من ماله وكان اقل من نصيب الوصية الواجبة يُكمل هذا المقدار عن طريق الوصية الواجبة.

وهذا الشرط اهمله المشرع العراقي ونصت عليه بقية التشريعات العربية[1].

٣-ان كان الاحفاد ذكورا واناثا توزع عليهم الوصية الواجبة وفقا لقاعدة (للذكر مثل حظ الأنثيين) لان الاستحقاق بمثابة الميراث لا يخضع في ذلك لأحكام الوصية التي منها تقسيم الوصية على الموصى لهم بالتسوية مالم ينص الموصي على خلاف ذلك.

٤-ان لا يكون الحفيد قاتلا للمتوفى (الجد أو الجدة) ولا أبيه المتوفى أو امه المتوفاة وهذا الشرط يؤخذ من الفقرة الثانية من المادة (٦٨) الأحوال الشخصية (ويشترط ان لايكون قاتلا للموصي)[2].

٥-ان لا تزيد عن ثلث التركة.

هل يشترط ان تكون الوصية الواجبة للطبقة الأولى فقط ؟ هذا الشرط سكت عنه المشرع العراقي سلبا وايجابا. لكن يؤخذ من اقوال فقهاء الشريعة ان اجتماع أولاد الابن مع أولاد ابن الابن يكون بمثابة اجتماع الابن مع أولاد الابن: ان الوصية الواجبة لا تقتصرعلى الطبقة الأولى.

ثم ان بعض التشريعات العربية نصت صراحة على ذلك كالقانون السوري[3].

---

[1] كالقانون السوري المادة (٢٥٧ /ب): (او كان قد اوصى لهم أو اعطاهم في حياته بلا عوض مقدار مايستحقون بهذه الوصية الواجبة، فاذا اوصى لهم بأقل من ذلك وجبت تكملته).

[2] لكن هل يشترط ان لايكون مختلفا معه في الدين ؟ الجواب كلا لان من أسباب قول الفقهاء بالوصية الواجبة ان الاختلاف في الدين مانع من الميراث في بعض الحالات. ولا اتفق مع ماذهب إليه الاستاذ محمد الحسيني من اشتراط هذا الشرط في كتابه: الموجز في شرح قانون الوصية) ص ٣٨١

[3] المادة (٢٥٧ /١):(من توفى وله اولاد ابن وقد مات ذلك الابن قبله أو معه وجب لاحفاده هؤلاء في ثلث تركته وصيته. وتكون هذه الوصية لاولاد الابن ولاولاد ابن الابن وان نزل).

وحسنا فعل المشرع العراقي في تعميم الوصية لأولاد الابن وأولاد البنت

التطبيقات

١- الورثة:	اب	ام	بنت	ابن بنت متوفاة
فيفترض ان الورثة هم:	اب	ام	(٢)بنت	
الفروض:	٦/١	٦/١	٣/٢	
الأسهم:	١	١	٤	

لكل واحدة سهمان ينتقل نصيب المتوفاة إلى ابنها

٢- الورثة:	زوج	ابن	بنت البنت المتوفاة
ويفترض ان الورثة هم:	زوج	ابن، بنت	
الفروض:	٤/١	ق للذكر مثل حظ الأنثيين	
الأسهم	١	٣	

ونصيب المتوفاة سهم واحد ينتقل إلى بنتها.

٣- الورثة:	زوجة	(٢)بنت	ابن بنت متوفاة
ويفترض ان الورثة هم:	زوجة	(٣)بنات	
الفروض:	٨/١	٣/٢ أصل المسألة (٣×٨) = ٢٤	
الأسهم:	٣	١٦+ق =٢١	

سهما لكل بنت سبعة اسهم وينتقل نصيب المتوفاة إلى ابنها)

٤- الورثة:	زوجة	بنت	(٤)ابناء الابن المتوفى
ويفترض انهم:	زوجة	بنت: ابن	
الفرض:	٨/١	ق (للذكرمثل حظ الأنثيين)	
الأسهم:	١	٧	

اصل المسألة من (٨) وتصح من (٢٤) [1].

---

[1] لان العدد (٧) لايقبل القسمة على ثلاثة (بعد اعتبار الابن بنتين) فيضرب عددهم في اصل المسألة (٣×٨=٢٤).

للزوجة الثمن (٣) اسهم. للبنت (٧) اسهم. وللابن (١٤) سهما فهـو أكثـر مـن ثلث التركة وهو (٨) اسهم فيرد الزائد للبنت فيصـبح نصـيبها: (٧ + ٦ = ١٣) سهما.

وينتقل ما يعادل ثلث التركة من نصيب الابن وهـو (٨) اسـهم إلى ابنائـه لكـل واحد سهمان.

وفي الختام ندعوا المشرع في العالم الإسلامي معالجة الوصية بطريقة عادلـة شـاملة حتـى تشمل حالات اختلاف الدين وبوجه خاص بين الزوج المسـلم وزوجتـه الكتابيـة وتشـمل أولاد الإخوة والأخوات من ذوي الأرحام كبنات الاخ وأولاد الأخت وأولاد الاخ من الام، وليس من العدل ان يرث ابناء الاخ الشقيق أو لأب وتحرم اخواتهم معهم لمجرد انهم عصبات وهن مـن ذوي الأرحام، أو لمجرد انهم ذكور وهن اناث مع وحدة القرابة ودرجتها إلى المتوفى.

ونرى أن رأي الفقهاء الإمامية في هذا الموضوع أقرب إلى القرآن والسـنة والعدالـة، وأن رأي غيرهم متأثر بنزعة التعصب الجاهلي من الإهتمام بالذكور أكثـر مـن الإنـاث، وعلـى سبيل المثل من مات عن ابن أخ شقيق وابنة أخ شقيق، وهما أخ وأخت من الأبوين، فيُعطى الميراث في الفقه السني كله لأبن أخ الشقيق لأنه من العصبات وتُحرم أخته من الميراث لأنها من ذوي الأرحام. مع أن درجة قرابتهما واحدة التي هي سبب الميراث.

لذا نقترح أم توزع التركة في هذه الحالة على ابـن الأخ وبنـت الأخ علـى أسـاس الوصـية الواجبة، وذلك رعاية للعدالة وجمعاً بين الفقهين السني والشيعي

المبحث الخامس

استحقاق الأخت الشقيقة والأخت من الأب

لكل من الأخت الشقيقة والأخت من الاب، حالات وهما يلتقيان في بعضها وتختلفان في البعض الآخر.

استحقاق الأخت الشقيقة:

لها الحالات السبع الآتية:

الحالة الأولى: لها نصف التركة بالشروط التالية:

١- ان تكون واحدة.

٢- ان لا يجتمع معها الاخ الشقيق.

٣- ان لا يكون للميت فرع وارث ذكرا كان أو انثى.

٤- ان لا يكون للمتوفى أب بالاتفاق ولا جد عند ابي حنيفة ولان الأب يحجبها والجد يقاسمها للذكر مثل حظ انثيين.

٥- ان لا يكون للمتوفى ام (عند الجعفرية)، لأن الأم من المرتبة الأولى والأخت من المرتبة الثانية.

الورثة:	زوج	اخت شقيقة
الفروض:	١/٢	١/٢
الأسهم:	١	١

الحالة الثانية: لأكثر من اخت شقيقة واحدة ثلثا التركة إذا توفرت شروط الحالة الأولى بأستثناء الشرط الأول.

الورثة:	(٢) اخت ش	(٢) اخ من الأم [1].
الفروض:	٢ / ٣	١ / ٣
الأسهم:	٢	١

الحالة الثالثة: للأخت الشقيقة واحدة كانت أو أكثر الميراث وفقا لقاعدة (للذكر مثل حظ الأنثيين) بالشروط الآتية:

١-ان يكون للمتوفى اخ شقيق.

٢-ان يتوفر الشرط الثالث والرابع والخامس من شروط الحالة الأولى.

الورثة:	زوجة	اخت ش	اخ ش
الفروض:	١/٤	ق٣	(للذكر مثل حظ الأنثيين)
الأسهم:	١	١	٢

الحالة الرابعة: ترث عند جمهور الفقهاء [2] بالتعصيب مع الغير (بنت المتوفى أو بنت ابنه وان نزل) فلها ماتبقى من التركة بعد نصيب اصحاب الفروض.

الورثة:	بنت	اخت ش [3]
الفروض:	١/٢	ق
الأسهم:	١	١

الورثة:	بنت الابن	اخت ش
الفروض:	١/٢	ق
الأسهم:	١	١

الورثة:	زوج	بنت الابن	اخت ب
الفروض:	١/٤	١/٢	ق
الأسهم:	١	٢	١

---

[1] لأكثر من اخ أو اخت من الأم ثلث التركة. وهذه المسألة اصلها من (٣) ولكن نصيب الاخوة لا يقبل القسمة عليهم بدون كسر فيضرب عددهم في اصل المسألة (٢×٣=٦) لكل اخت سهمان ولكل اخ سهم واحد.

[2] في الفقه الجعفري الأولاد من المرتبة الأولى والاخوة والاخوات من المرتبة الثانية فاذا وجد شخص من المرتبة الأولى ذكرا كان ام انثى لايرث احد من المرتبة الثانية.

[3] في القانون العراقي م ٩١ / ٢ من قانون الأحوال الشخصية بنت المتوفى تحجب الاخوة والاخوات لانها تحجب كل الورثة بإستثناء خمسة اصناف وهم: الأبوان والزوجان وابن المتوفي.

ولميراث الأخت الشقيقة عن طريق التعصيب مع الغير (البنت وبنت الإبن) يشترط توفر الشروط الآتية:

١- ان يكون للميت بنت أو بنت ابن.

٢- ان لا يكون للميت ابن ولا أب [1].

٣- ان لا يكون لها اخ شقيق والا فترث بالتعصيب بالغير [2].

الحالة الخامسة: تشارك اخوتها واخواتها من امها في نصيبهم إذا اكتسبت صفة التعصيب بأخيها الشقيق ولم يبق من التركة شيء بعد انصبة اصحاب الفروض من بقية الورثة وبناء على ذلك يشترط لهذه الحالة توفر الشروط التالية:

١- ان تتحول إلى العصبة بأخيها الشقيق.

٢- ان يكون ضمن الورثة إخوة وأخوات من الام.

٣- استغراق بقية الورثة للتركة.

٤- اعتبارها اختا من الأم من ناحية التوريث [3].

وهذه الحالة لا توجد عند بعض الفقهاء [4].

---

[1] لانها تحجب من الميراث بكل واحد منهما.

[2] أي في ضوء قاعدة (للذكر مثل حظ الانثيين) جاء في نيل الاوطار (٦٦/٦)، تحت عنوان باب الاخوات مع البنات عصبة: ((عن هزيل بن شرحبيل قال: ((سئل ابو موسى عن ابنة وابنة ابن وأخت فقال: لقد ضللت اذن وما انا من المهتدين اقضي فيها بما قضى النبيﷺ: للبنت النصف ولابنة الابن السدس تكملة الثلثين، ومابقى فللاخت)) رواه الجماعة إلا مسلماً والنسائي وزاد احمد والبخاري: فأتينا ابا موسى فأخبرناه بقول ابن مسعود فقال: لا تسألوني مادام الحبر فيكم))..

[3] وهذه الحالة يقتضيها الاستحسان والانصاف والعدالة لان استحقاق الورثة للميراث يعتبر فيه الأب ويراعى فيه الانتساب الى الميّت وقد تساوى اولاد الأم واولاد الأبوين في الانتساب الى الميّت بالام.

[4] كالحنفية والحنابلة. في الدر المختار ٧٨٥/٦ . زوج وام واخوة لأم واخوة لأبوين، اخذ الزوج النصف والام السدس وولد الأم الثلث ولا شيء للاخوة لأبوين لانهم عصبة ولم يبق لهم شيء. وعند مالك والشافعي يُشرك بين الصنفين الأخيرين كأن الكل اولاد ام وسميت المشركة. وفي المغني لابن قدامة ١٨٠/٦ . واذا كان زوج وام واخوة لأم واخوة لأب وام فللزوج النصف وللام السدس وللاخوة من الأم الثلث وسقط الاخوة من الأب والام. وروي عن عمر بن الخطاب وعثمان وزيد بن ثابت ﷺ انهم شركوا بين ولد الأبوين وولد الأم فقسموه بينهم بالتسوية. ولنا في قول الله تعالى ﴿وَإِن كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَالَةً أَوِ امْرَأَةٌ وَلَهُ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ فَإِن كَانُوا أَكْثَرَ مِن ذَٰلِكَ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ﴾(النساء:١٢) فمن شرك بينهم فلم يعط كل واحد منهما السدس فهو مخالف لظاهر القرآن).

الورثة:	زوج	ام	اخت ش. اخ ش	(٢)اخ م
الفروض:	٢/١	٦/١	ق.ع	٣/١
الأسهم:	٣	١	لايبقى شيء	٢

فيفترض انهم:	زوج	ام	(٤)اخوة أو اخوات من الام
الفروض:	٢/١	٦/١	٣/١
الأسهم:	٣	١	٢

اصل المسألة (٦) (المضاعف الاصغر). وتصح من (١٢) [1].

للزوج (٦) سهما. ولـلام (٢) سـهمان. والبـاقي (٤) اسـهم للاخـوة والأخـوات بالتسوية لكل واحد سهم[2].

الحالة السادسة: تعتبر الأخت الشقيقة بمثابة الاخ الشقيق عند عدم وجوده. وذلك بمقتضى التعديل الثامن لقانون الأحوال الشخصية الـذي اضـاف إلى المـادة (٨٩) منـه الفقرة الرابعـة التي نصها (تعتبر الأخت الشقيقة بحكم الاخ الشقيق في الحجب).

الورثة:	زوجة	اخت ش	اخ من الأب او (ابن اخ ش)
الفروض:	٤/١	٢/١ +ق	م
الأسهم:	١	٣ + ١	لاشيء

والفقه الجعفري لايعترف بالحالتين الخامسة والسادسة، لان الأم في الحالـة الخامسـة تحجـب الإخوة والأخوات لكونهم من المرتبة الأولى وهـم مـن المرتبـة الثانيـة، وفي الحالـة السادسـة الأخت الشقيقة كالاخ الشقيق في ان كلا منهما من الدرجـة الأولى في المرتبـة الثانيـة، فـلا يرث معهما الاخ من الأب أو الأخت من الأب لانهما من الدرجـة الثانيـة. فجـاء التعـديل موافقا لهذا الفقه.

---

[1] بعد ضرب نصف عدد الاخوة والاخوات (٢) في اصل المسألة (٦) (٢×٦=١٢).

[2] تسمى هذه المسألة (المشتركة) أو (المشركة) أو (يمية) أو (حجرية) لان عمر بن الخطاب ﷺ قضـى في هذه المسألة في العام الاول من خلافته بأنه لاشيء فيها للاخوة والاخوات من الأبوين لانهم محجوبـون بالاستغراق.وتكررت المسالة في السنة الثانية فاراد ان يحكم بما قضى به في قضاءه السابق فقالوا له: يا امير المؤمنين: هب ان ابانا كان حجرا، أو كان ملقيا في اليم (البحر).. اليست امنا واحدة ؟!! فاستحسن قولهم وقضى بينهم بالتشريك. فقيل له انك قضيت في اول عام بخلاف هـذا. فقـال: تلـك علـى ماقضينا وهذه على مانقضي.

الحالة السابعة: إذا اجتمعت مع جد المتوفى (ابي ابيه) فتعتبر كأنها مجتمعة مع اخ شقيق في بعض الحالات كما ياتي في محله ٠

قوة قرابة الأخت الشقيقة:

١- تحجب من الميراث فلا ترث مع ابي المتوفى وابنه وابن ابنه وان نزل باتفاق جميع فقهاء الشريعة. ومع ام المتوفى وأولاده ذكورا كانوا ام اناثا، وأولاد الأولاد وان نزلوا في الفقه الجعفري لانهم من المرتبة الأولى وهي من المرتبة الثانية. ومع بنت المتوفى في القانون.

٢- تمنع من الميراث جميع الأقارب من ذوي الأرحام. واذا كانت أكثر من واحدة تحجب الأخوات من الاب[1] باتفاق الفقهاء. وتحجب من الميراث كل من يحجبه الاخ الشقيق في القانون. وتمنع من الميراث جميع الورثة من المرتبة الثالثة، والورثة من غير الدرجة الأولى في المرتبة الثانية في الفقه الجعفري.

التطبيقات

١- الورثة: اب(او ابن أو ابن الابن)　اخت ش (متفق عليه)
الفروض: ك　م

٢-الورثة: ام المتوفى(او احد أولاده أو أولاد أولاده)　اخت ش　(الفقه الجعفري)
ك　م

٣-الورثة: اخت ش　اخ من الأب (او ابن الاخ أو العم أو ابن العم)
ك　م　(القانون، الفقه الجعفري)

٤-الورثة: اخت ش　اخ من الأب (او ابن الاخ من الأب أو العم)
الفروض: ٢/١　ق (الجمهور)
الأسهم: ١　١
م (عند الجمهور والقانون)

---

[1] إذا لم يصبحن عصبات بالغير أي بالاخ من الأب عند جمهور الفقهاء.

استحقاق الأخت من الاب:

لأخت المتوفى من ابيه جميع الحالات المذكورة للأخت الشقيقة[1] بنفس الشروط ومع نفس الخلافات المذهبية والقانونية في توريث الأخت الشقيقة، باستثناء الحالتين الخامسة والسادسة لانها تشارك الإخوة والأخوات من الأم كما تشاركهم الأخت الشقيقة، ولا تكـون بمثابـة الاخ في الحجب فـي القانون، لان التعديل خصص الأخت الشقيقة بالنص.

وذلك مع مراعاة ما يلي:

١. لها سدس التركة إذا اجتمعت مع اخت شقيقة واحدة عند الجمهور.
٢. تحجب بأختين شقيقتين فأكثر بالاجماع.
٣. الأخت من الأب تكون عصبة مع الاخ من الأب دون الاخ الشقيق
٤. تحجب من الميراث بالاخ الشقيق، وبأخت شقيقة واحدة فأكثر في الفقه الجعفـري[2] وبـه اخذ القانون العراقي م ٩١ / ٢.

التطبيقات

١- الورثة:	زوج	اخت من الاب
الفروض:	٢/١	٢/١
الأسهم :	١	١

٢-الورثة:	(٢)اخت من الاب	(٢)اخ من الأم	اصل المسألة من(٣)
الفروض:	٣/٢	٣/١	وتصح من(٦)

لكل اخت من الأم سهم.

٣- الورثة:	زوجة	اخ من الأب	اخت من الاب
الفروض:	١ / ٤	٣ق (للذكر مثل حظ الأنثيين)	
الأسهم:	١	٢	١

٤- الورثة:	اب(او ابن أو ابن الابن)	اخت من الأب	(متفق عليه)
الفروض:	ك	م	

٥- الورثة:	ام(او احد الأولاد أو أولاد الأولاد)	اخت من الاب	
	ك	م	(الفقه الجعفري)

---

[1] بلا خلاف بين الفقهين السني والجعفري. في ايضاح الفوائد (٣١٦/٤). ويقوم المتقرب بالأب مقام المتقرب بالأبوين من الاخوة عند عدمهم وقسمتهم قسمتهم).

[2] ايضاح الفوائد (٤/ ٢١٦).(ويمنع المتقرب بالأبوين مطلقا المتقرب بالأب خاصة).

قوة قرابة الأخت من الاب:

١-تُمنع من الميراث بكل وارث يمنع الأخت الشقيقة منه بالاضافة إلى حجبها بأختين شقيقتين فأكثر والأخ الشقيق إذا لم تعصب بالأخ لأب.

٢-كل من لايرث مع الأخت الشقيقة لا يرث مع الأخت من الأب باستثناء الاخ من الاب.

أدلة الأحكام المذكورة:

الأحكام المذكورة منها اجتهادية، ومنها وردت في السنة النبوية[1]. وأكثرها نص عليها القرآن في قوله تعالى ﴿يَسْتَفْتُونَكَ قُلِ اللّهُ يُفْتِيكُمْ فِي الْكَلاَلَةِ[2] إِنِ امْرُؤٌ هَلَكَ لَيْسَ لَهُ وَلَدٌ وَلَهُ أُخْتٌ فَلَهَا نِصْفُ مَا تَرَكَ وَهُوَ يَرِثُهَا إِن لَّمْ يَكُن لَّهَا وَلَدٌ فَإِن كَانَتَا اثْنَتَيْنِ فَلَهُمَا الثُّلُثَانِ مِمَّا تَرَكَ وَإِن كَانُواْ إِخْوَةً رِّجَالاً وَنِسَاء فَلِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الأُنثَيَيْنِ يُبَيِّنُ اللّهُ لَكُمْ أَن تَضِلُّواْ وَاللّهُ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ﴾[3] [4].

---

[1] راجع نيل الاوطار ٦ / ٦٦ ومابعدها.

[2] قال الرازي في تفسيره (١١/١٢٢-١٢٣): الكلالة اسم يقع على الوارث وعلى المُورَث: فأن وقع على الوارث فهو سوى الوالد والولد. وان وقع على المورَث فهو الذي مات ولا يرثه احد الوالدين، ولا احد من الأولاد). ثم قال: ان ظاهر هذه الآية فيه تقييدات ثلاث:

الاول – ان ظاهر الآية يقتضي ان الأخت تأخذ النصف مع عدم الولد، فاما عند وجود الولد فإنها لا تأخذ النصف، وليس الامر كذلك، بل شرط كون الأخت لأخذ النصف ان لا يكون للميت ولد ذكر، فأن كان له بنت فإن الأخت تأخذ النصف.

الثاني – ان ظاهر الآية يقتضي انه إذا لم يكن للميت ولد فإن الأخت تأخذ النصف، وليس كذلك، بل الشرط ان لا يكون للميت ولد ولا والد، وذلك لان الأخت لا ترث مع الوالد بالاجماع.

الثالث – ان قوله تعالى (وله اخت) المراد منه الأخت من الأب والام أو من الأب لان الأخت من الأم والاخ من الأم قد بين الله حكمه في اول السورة بالاجماع. للواحد منهم السدس وللأكثر الثلث).

[3] النساء : ١٧٦

[4] لم يرد صراحة حكم أكثر من الأختين. وقد ثبت ان حكم الأكثر كحكم الاثنتين بالسنة النبوية وبالقياس على البنات. ثم ان في هذا الصنيع القرآني فنا بلاغيا رائعا وهو حذف اللاحق بقرينة السابق، وحذف السابق بقرينة اللاحق. قال في ميراث البنات ﴿فَإِن كُنَّ نِسَاء فَوْقَ اثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ﴾. وقال في ميراث الاخوات ﴿فَإِن كَانَتَا اثْنَتَيْنِ فَلَهُمَا الثُّلُثَانِ مِمَّا تَرَكَ﴾.

المبحث السادس

استحقاق الإخوة والأخوات من الأم

إخوة وأخوات المتوفى من امه فقط يرثون دائمـاً بطريـق الفـرض لادلائهـم إلى المتـوفى بقرابة الأم ولا فرق بين ذكورهم واناثهم بالاجماع المبني على النص القرآني، والسنة النبوية.. ولهم حالتان فقط:

الحالة الأولى: للواحد منهم ذكراً كان ام انثى سدس التركة مالم يحجب بوارث اقوى منه.

الحالة الثانية: للاثنين فما فوق منهم ثلث التركة مطلقاً سوا أكـانوا ذكـوراً ام إناثـاً، أو ذكوراً واناثاً، ففي جميع الأحوال يوزع عليهم الثلث بالسوية. ولا يؤخذ بقاعدة ((للذكر مثل حظ الأنثيين)) في حالة اجتماع الذكور والاناث، وذلك لتحديد نسبة حصصـهم بمـا ذكـر في قوله تعالى ﴿وَإِن كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلاَلَةً[1] أو امْرَأَةٌ وَلَهُ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ[2] فَلِكُـلِّ وَاحِـدٍ مِّنْهُمَـا السُّدُسُ فَإِن كَانُوَاْ أَكْثَرَ مِن ذَلِكَ فَهُمْ شُرَكَاء فِـي الثُّلُـثِ مِـن بَعْـدِ وَصِيَّةٍ يُوصَـى بِهَـا أَوْ دَيْنٍ﴾[3].

قوة قرابة الإخوة والأخوات

١- يحجب الإخوة والأخوات من الأم بأبى المتوفى وأولاده ذكوراً واناثاً وأولاد ابنه ذكـوراً واناثاً باجماع الفقهاء. وبالجد (ابى الاب) عند الجمهـور[4] وبـأم المتـوفى وأولاد بناتـه ذكوراً واناثاً عند الجعفرية.

---

١ سبق بيان معنى الكلالة في الهامش. ويطلق لفظ الكلالة على الذكر والأنثى فيقـال: رجـل كلالـة وامـرأة كلالة. لانه مصدر كالوكالة والدلالة.

٢ أي اخ من الام، أو اخت من الام، وهذا هو المقصود باجماع الفقهاء وذلك لان أحكام الأخـت الشـقيقية والأخت من الأب وردت في اية اخرى كما ذكرنا، ولقراءة سعد بن ابي وقاص وغيره ((ولـه اخ أو اخـت من ام)) تفسير الرازاي ٢٣١/٩.

٣ سورة النساء / ١٢.

٤ عند الجعفرية يرثون مع الجد مطلقاً لان الكل من المرتبة الثانية.

٢- ولا يمنعون من الميراث احداً من اصحاب الفروض والعصابات ويقتصر حجبهم للغير على ذوي الأرحام فقط عند جمهور الفقهاء. ولا يرث معهم الاعمام والعمات والاخوال والخالات عند الجعفرية لانهم من المرتبة الثالثة، والإخوة والأخوات من الأم من المرتبة الثانية والقاعدة العامة عندهم إذا وجد واحد من المرتبة الثانية ذكراً كان أو انثى لا يرث احد من المرتبة الثالثة.

التطبيقات

١- **الورثة** : أخ (او اخت) من الام — أخ ش
الفروض: ١/٦ — ق
الأسهم : ١ — ٥

٢- **الورثة** : (٢) أخ من الام — أخ من الأب
الأسهم : ١/٣ — ق

٣- الورثة : (٤)أخت من الام — عم[1] — اصل المسألة من(٣)
الفروض : ١/٣ ق
وتصح من (١٢) بضرب (٤×٣)،
لكل اخت سهم والباقي للعم تعصيباً.
الأسهم : ٤ ٨

٤- **الورثة** : أب — (٥) اخوة من الأم
الفروض: ك — م — (متفق عليه)

٥- الورثة : جد (ابو الاب) — (٣) اخوات (او اخوة من الأم (عند الجمهور)
ك — م

---

١ عند الجعفرية العم يحجب لانه من المرتبة الثالثة.

المبحث السابع
استحقاق الجد والجدة من التركة

توريث الجد والجدة من اهم المسائل الميراثية الخلافية الشائكة في الفقه الإسلامي من حيث تحديد النوع الوارث من كل من الجد والجدة من جانب الأب ومن جانب الام، ومقدار نصيب كل، وبصورة خاصة في حالة اجتماعهما مع إخوة وأخوات المتوفى، ومن حيث ان الجد (ابا الاب) هل هو كالأب في قوة الحجب للغير عند غياب الأب ام لا؟ وذلك لعدم وجود نص ظاهر في القرآن الكريم أو السنة النبوية بصدد ميراث الاجداد والجدات.

استحقاق الجدة :[١]

قسم جمهور الفقهاء الجدة إلى نوعين:

أ- **جدة من ذوي الأرحام**: وهي التي تدخل في نسبتها إلى الميّت جد رحمي كأم ابي الام. وأحكامها تأتي في الفصل الثالث من هذا الباب.

ب-**جدة من اصحاب الفروض**: وهي التي لا يدخل في نسبتها إلى الميّت جد رحمي كأم الأم وان علت، وام الأب وان علا.

ويرى جمهور الفقهاء: ان استحقاقها هو سدس التركة الثابت بالسنة النبوية[٢] مطلقا سواء وجد الفرع الوارث للمتوفى ام لا، وسواء كانت الجدة ابوية[٣] ام امية[٤] ام ذات

---

[١] تقديم الجدة على الجد في البحث يعود الى ما في ميراث الجد من شقوقات كثيرة.

[٢] في نيل الاوطار (٦/٦٧) تحت عنوان باب ماجاء في ميراث الجدة والجد: عن عبادة بن الصامت ان النبيﷺ قضى للجدتين من الميراث السدس بينهما: رواه عبدالله بن احمد في المسند.
وعن بريدة (ان النبيﷺ جعل للجدة السدس ان لم يكن دونها ام) رواه ابو داود.
وعن عبد الرحمن بن زيد قال (اعطى رسول الله ﷺ ثلاث جدات السدس اثنتين من قبل الاب. وواحدة من قبل الام) رواه الدارقطني هكذا مرسلا.

[٣] ام الأب وان علا.

[٤] ام الأم وان علت.

الجهتين.[1]

وقال فقهاء الجعفرية بمعارضة تقسيم الجدة المذكور إلى صاحبة الفرض والى ذات الرحم، بل قالوا: ان الاجداد والجدات مطلقا من المرتبة الثانية من الورثة، وان الجدة من جانب الأم تحل محلها، والجدة من جانب الأب تحل محله عند عدم وجود الأبوين، وفي حالة اجتماعهما معا للابوية الثلثان وللامية الثلث، شأنهما شأن الأب والام عند اجتماعها في حالة عدم وجود الفرع الوارث.[2]

قوة قرابة الجدة:

تحجب الجدة امية كانت ام ابوية ام ذات القرابتين على التفصيل الاتي:

١. الام تحجب الجدة مطلقا سواء أكانت امية ام ابوية ام ذات القرابتين.
٢. الأب يحجب الابوية ولا يحجب الامية لعدم انتسابها به إلى المتوفى خلافا للجعفرية.[3]
٣. الجد يحجب كل جدة تدلي إلى الميّت بواسطته.
٤. كل جدة قربى تحجب الجدة البعدى سواء أكانتا من جهة الأب ام من جهة الأم وسواء كانت القربى وارثة ام محجوبة بوارث اخر.
٥. كل جدة من اصحاب الفروض تحجب الجدة من ذوي الأرحام (جمهور الفقهاء).

وقال فقهاء الجعفرية: الجدة مطلقا من المرتبة الثانية وتُمنع من الميراث بكل وارث من المرتبة الأولى، كما هي تمنع من الميراث كل وارث يكون من المرتبة الثالثة، وكذلك قالوا: القربى من الجدات تحجب البعدى منهن.

وبموجب التعديل الثاني لقانون الأحوال الشخصية تُحجب الجدة بالبنت ولا تُحجب بالابن. تنص المادة (٢/٩١) على انه ((تستحق البنت أو البنات في حالة عدم وجود ابن للمتوفى ما تبقى من التركة بعد أخذ الأبوين والزوج الآخر فروضهم منها. وتستحق جميع

---

[1] كأم ام الأم وهي ايضا ام ابي الاب. كما إذا تزوج رجل بنت عمته ورزقا بطفل فأم ام ام هذا الطفل هي ام ابي ابيه ايضا. فهي جدة ذات القرابتين.

[2] ام الأم وان علت

[3] في الخلاف للطوسي ٥٥/٢ ((ام الأم لا ترث عندنا مع الامية وقال الشافعي ؟ مع باقي الفقهاء لها السدس))

التركة في حالة عدم وجود ايّ منهم)).[1] بمقتضى منطوق هذه الفقرة من مات عن جد وجدة وبنت تكون التركة كلها للبنت فرضاً ورداً. بينما إذا اجتمعا مع الابن يكون لكل واحد منهما السدس والباقي للابن، بدلالة المادة (٩٠).[2] وبناء على هذا فأن المشرع العراقي جعل مركز البنت اقوى من مركز الابن في الميراث، وهذا ما لم يقل به أي قانون في العالم، غير ان هذا لم يكن مراد المشرع وانما الخطأ من الصياغة وعدم دقة من قام بإعدادها، فالمشرع أراد ان يكون التعديل كالآتي (وتعتبر البنت بحكم الابن في الحجب) أخذا بالفقه الجعفري كما في صياغة الفقرة الرابعة من المادة (٨٩) (تعتبر الأخت الشقيقة بحكم الاخ الشقيق في الحجب). وندعو المشرع العراقي إلى اعادة النظر في هذه الفقرة المعيبة.

التطبيقات

١- **الورثة** : جدة أخ ش

الورثة	جدة	أخ ش
الفروض:	١ / ٦	ق
الأسهم :	١	٥

٢- **الورثة** :

الورثة	جدة (ام الام)	جدة (ام الاب)	أخ من الأب
الفروض:	٦/١		ق
الأسهم :	١		٥

اصل المسألة من ٦ وتصح من ١٢ لكل جدة سهم والباقي للأخ تعصيباً

الورثة:	زوجة.	عم.	جدة (ام الام).	جدة (ام الاب)	الفقه الجعفري
الفروض:	٤/١	م		ق اثلاثا	
الأسهم:	١	١		٢	

---

[1] المادة (٩٠) ((مع مراعاة ما تقدم يجري توزيع الاستحقاق والانصبة على الوارثين بالقرابة وفق الأحكام الشرعية التي كانت مرعية قبل تشريع قانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩))

[2] اضيفت هذه الفقرة الثانية بموجب المادة الثانية من القانون رقم (٢١) لسنة ١٩٧٨ التعديل الثاني لقانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ أي يطبق فقه ابي حنيفة على اهل السنة وفقه الإمامية على الشيعة.

استحقاق الجد:

كما قسم جمهور الفقهاء الجدات إلى اصحاب الفروض وذوي الأرحام كذلك اقروا نفس التقسيم للاجداد

الجد الرحمي: وهو الذي ينتمي إلى المتوفى عن طريق الأنثى مثل أبي الأم و ابي ام الاب. فهو من ذوي الأرحام يأتي في الفصل الثالث أحكامه.

الجد العصبي: وهو الذي لا يقع بينه وبين الميّت انثى مثل ابي الاب، وابي ابي الأب وان علا.

وهو اما ان يجتمع مع إخوة وأخوات المتوفى أو يكون بدونهم وله في كل صورة حالات:

الجد بدون الإخوة والأخوات:

اذا لم يكن للمتوفى إخوة وأخوات وارثون يكون لجده الحالات الثلاث الآتية[1]:

الحالة الأولى : له سدس التركة فقط بالشرطين التاليين:

١-عدم وجود الاب. ٢-وجود فرع وارث ذكر.

الورثة:	جد	ابن (او ابن الابن)
الفروض:	٦/١	ق
الأسهم:	١	٥

الحالة الثانية : يرث بالتعصيب فقط كل التركة أو باقيها بالشرطين التاليين:

١-عدم وجود الاب. ٢-عدم وجود الفرع الوارث مطلقا.

الورثة :	زوجة	جد
الفروض:	٤/١	ق
الأسهم:	١	٣

الورثة:	زوج	جد
الفروض:	٢/١	ق
الأسهم:	١	١

---

[1] والدليل على ثبوت هذه الحالات للجد عند عدم وجود الأب هو تسمية الجد أبا في آيات كثيرة من القرآن الكريم منها ((كما أخرج ابويكم من الجنة)) سورة الاعراف / ٢٦.

الحالة الثالثة : يرث السدس بالفرض والباقي بالتعصيب بالشرطين التاليين:

١-عدم وجود الاب. ٢-وجود فرع وارث انثى فقط (أي بدون الذكر).

الورثة:	بنت الابن	جد
الفروض:	١ ⁄ ٢	١⁄٦ فرضا + ق تعصيبا
الأسهم:	٣	١+٢

الجد في الفقه الجعفري عند عدم وجود الإخوة والأخوات:

لم يذهب هذا الفقه إلى تقسيم الجد إلى صاحب فرض وذي رحم، بل اعتبره من المرتبة الثانية مطلقا، سواء كان من جانب الأب أم من جانب الأم. ويحل الجد الأمي محل الأم، والجد الأبوي محل الأب، فإذا اجتمعا يكون المال كله أو باقيه بينهما أثلاثاً: ثلثه لمن في جانب الأم وثلثاه لمن في جانب الأب.[1]

الورثة :	جد (أبو الأب)		جد (أبو الأم)
الفروض:	٣⁄٢		٣⁄١
الأسهم:	٢	الكل أثلاثا	١

الورثة:	زوجة	جد (أبو الأم)	جد (أبو الأب)
الفروض:	٤⁄١	ق أثلاثا	
الأسهم:	١	١	٢

الجد مع الإخوة والأخوات :[2]

له حالتان ولكل حالة صور متعددة:

الحالة الأولى: عندما لا يوجد مع الجد والإخوة والأخوات صاحب فرض آخر، يخير الجد بين ثلث التركة، وبين المقاسمة مع الإخوة والأخوات، بعد اعتباره أخا شقيقا مع الإخوة الأشقاء والأخوات الشقيقات، وأخا من الأب مع الإخوة والأخوات من الأب، فيفوز بما هو الأزيد من الثلث والمقاسمة في هذه الحالة.

---

[1] ايضاح الفوائد ٢١٩/٤ وما بعدها.

[2] المراد بالإخوة والأخوات عند جمهور الفقهاء ما عدا الإخوة والأخوات من الأم لأنهم يحجبون بالجد خلافا للفقه الجعفري.

الضوابط لمعرفة ما هو الأزيد:

أ- المقاسمة أكثر: إذا كان من معه من الإخوة والأخوات دون ضعفه، كما في الصور الخمس الآتية:

١- جد، وأخت. [1] ٢- جد، وأختان. [2]

٣- جد، وثلاثة أخوات. [3] ٤- جد، وأخ. [4]

٥- جد، وأخ، وأخت. [5]

ب- الثلث والمقاسمة متساويان: إذا كانوا ضعف الجد، كما في الصور الثلاث الآتية:

١- جد، وأخوان. [6] ٢- جد، وأخ، وأختان. [7]

٣- جد، وأربع أخوات. [8]

ج- الثلث أكثر: إذا كان عدد الإخوة والأخوات أكثر من ضعف الجد، ومـا ينـدرج تحـت هذا الضابط لا تكون صورة محصورة، مثل: جد مع ثلاثة إخوة، أو مع خمس أخـوات، أو مع أخوين وأخت.. وهكذا.

وقد نُظمت هذه الأحكام المندرجة تحت الضوابط الثلاثة المذكورة في الأبيات التالية:

الجد مع[9] فرع أب أو ولد ... لأبوين فائز بالأزيد[10]

من ثلث والقسم[11] عند فقد ... صاحب فرض كأخ وجد

كلاهما[12] من ضعف جد شرع[13] ... ودون مثليه الأخير[14] أنفع

---

[1] يقسم المال بينهما أثلاثا وفقا لقاعدة ((للذكر مثل حظ الأنثيين)).

[2] تقسم التركة الى اربعة أسهم للجد سهمان ولكل أخت سهم واحد.

[3] تقسم التركة الى خمسة أسهم للجد سهمان ولكل أخت سهم واحد.

[4] تقسم التركة بينهما أنصافا لكل واحد منهما نصفها.

[5] تقسم التركة أخماسا للجد خُمسان، وللأخ خُمسان، وللأخت خُمس واحد.

[6] المال يقسم بينهما أثلاثا لكل ثلث واحد.

[7] تقسم التركة الى ستة أسهم، للجد سهمان وللأخ سهمان، ولكل أخت سهم واحد.

[8] تقسم التركة الى ستة أسهم، للجد سهمان ولكل أخت سهم واحد.

[9] بسكون العين رعاية لوزن الشعر

[10] الأكثر.

[11] بفتح القاف أي القسمة أو المقاسمة.

[12] الثلث والمقاسمة.

[13] بفتح الشين والراء أي سواء

[14] . أي المقاسمة

ومع فوق ضعفه فأكثـــر ثلث وما صوره منحصر[1]

والحالة الثانية: عندما يكون مع الجد والإخوة والأخوات صاحب فرض آخر، يخير الجد بـين المقاسمة، والسدس، والثلث الباقي بعد نصيب صاحب الفرض.

ولم يضع فقهاء الشريعة لشقوقات وصور هذه الحالة معايير واضحة، وإنما يُعرف الأزيد من الخيارات الثلاثة المذكورة بعد تقسيم التركة تقسيما نظرياً.

أ- السدس أنفع:

الورثة:	زوج	بنت الإبن	جد	أخ ش	أصل المسألة[2](١٢)
الفروض:	١/٤	١/٢	١/٦	ق	(المضاعف الأصغر)
الأسهم:	٣	٦	٢	١	

ب- المقاسمة أنفع:

الورثة:	زوجة	جد	أخت ش
الفروض:	١/٤	ق (للذكر مثل حظ الأنثيين)[3]	

ج- ثلث الباقي أنفع:

الورثة:	جدة	جد	(١٠) إخوة	أصل المسألة (٦)[4]
الفروض:	١/٦	١/٣الباقي	ق	وتصح من (١٨)
الأسهم:	٣	٥	١٠	

---

[1]. انظر كشف الغوامض لقطر العارض للشيخ معروف النودهي ص٦٩-٧٠.

[2] ولو أعطينا الجد ثلث الباقي بعد نصيب أصحاب الفروض (الزوج وبنت الإبن) لأخذ سهما واحدا من ثلاثة، ولو أخذ نصيبه بالمقاسمة لحصل على سهم ونصف سهم، اذن يكون السدس أنفع من المقاسمة والثلث الباقي.

[3] والباقي بعد نصيب الزوجة يوزع على الجد والأخت الشقيقة بعد اعتبار الجد أخا شقيقا فيوزع عليهما للذكر مثل حظ الأنثيين.

[4] أصل المسألة من (٦) المضاعف البسيط، وليس لهذا العدد ثلث باق صحيح، لذا يضرب مقام الباقي في اصل المسألة (٣×٦)=١٨. الباقي (١٥) وثلثه (٥)، يكون للجد والباقي لكل أخ سهم واحد.

الجد في الفقه الجعفري مع الإخوة والأخوات:

يعتبر الجد والجدة والإخوة والأخوات وأولادهم ذكورا واناثا من المرتبة الثانية، فلا الجد يحجبهم ولا هم يحجبون الجد، بل يتقاسمون التركة فيما بينهم، إذا لم يوجد وارث من المرتبة الأولى، على التفصيل الآتي:

١- إذا اجتمع جد وجدة أو أحدهما من قبل الأم مع إخوة وأخوات من الأم، يعتبر الكل بمثابة الإخوة والأخوات من الأم، فهم شركاء في الثلث، فإن لم يكن معهم وارث آخر، تقسم التركة عليهم بالسوية، فرضا ورداً.

٢- إذا اجتمع جد وجدة أو أحدهما من جهة الأب مع أخ أو اخت من الأبوين أو من الأب، يكون الجد بمثابة أخ، الجدة بمثابة الأخت، والتركة كلها أو باقيها بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين.[1]

٣- إذا اجتمع الإخوة المتفرقون (من الأبوين ومن الأب ومن الأم) مع الأجداد المتفرقين (من جهة الأب ومن جهة الأم) كان للإخوة والأجداد من قبل الأم الثلث بالسوية، والباقي للإخوة والأخوات من الأبوين، وللأجداد والجدات من جانب الأب (للذكر مثل حظ الأنثيين) ويحجب الإخوة والأخوات من الأب.[2]

٤- إذا اجتمع الجد أو الجدة أو هما من جهة الأب مع الأخ أو أخت أو هما من الأم:
أ- كان للأخ الواحد أو الأخت الواحدة من الأم سدس التركة والباقي للجد والجدة.[3]
ب- ولأكثر من أخ أو أخت من الأم الثلث والباقي للجد والجدة.

٥- وإذا اجتمع أحد الزوجين مع الجد والجدة والإخوة والأخوات، أخذ نصيبه الأعلى والباقي يكون لهم وفق التفصيل المذكور.

---

[1] الكافي للكليني ٧/١١١.

[2] ايضاح الفوائد ٤/٢٢٠، اللمعة الدمشقية وشرحها الروضة البهية ٢/٢١٧.

[3] في الكافي للكليني الرازي (٧/١١١): "عن ابن سنان قال: سألت ابا عبدالله(ع) عن رجل ترك أخاه لأمه لم يترك وارثا غيره، قال: المال له. قلت: فإن كان مع أخ للأم جد؟ قال: يعطى الأخ للأم السدس ويعطى الجد الباقي. قلت: فإن كان الأخ لأب وجد؟ قال: المال بينهما سواء".

التطبيقات:

١- **الورثة:** جد(أبو الأم)، جدة (أم الأم)، أخ من الأم — أخ ش — اصل المسالة من(٣) وتصح من (٩)[1]

	جد(أبو الأم)، جدة (أم الأم)، أخ من الأم	أخ ش
الفروض:	١/٣ بالسوية	ق
الأسهم :	١	٢
بعد التصحيح:	٣	٦

٢- **الورثة:** جد (أبو الأب) جدة (أم الأب) أخ ش أخت ش

أصل المسألة (٦)، عدد رؤوسهم بعد اعتبار كل ذكر أنثيين، لكل ذكر سهمان ولكل انثى سهم واحد.

الفروض : كل التركة (للذكر مثل حظ الأنثيين).

٣- **الورثة:** أخ من الأم أخ ش جد أخ من الأب أصل المسألة ٣
جد (ابو الأم) أبو الأب أو أخت من الأب وتصح من (٦)

	أخ من الأم جد (ابو الأم)	أخ ش جد أبو الأب	أخ من الأب أو أخت من الأب
الفروض:	١/٣	ق	م
الأسهم:	١	٢	لا شيء
بعد التصحيح	٢	٤	لا شيء

٤- **الورثة:** أخ من الأم جد (ابو الأب)

	أخ من الأم	جد (ابو الأب)
الفروض:	١/٦	ق
الأسهم:	١	٥

٥- **الورثة:** (٢) أخ من الأم جد (ابو الأب) أصل المسألة (٣) وتصح من (٦)

	(٢) أخ من الأم	جد (ابو الأب)
الفروض:	١/٣	ق
الأسهم:	١	٢
بعد التصحيح:	٢	٤

٦- **الورثة:** زوج أخ من الأم جد (أبو الأب) اخ ش أصل المسألة من (٦)

	زوج	أخ من الأم	جد (أبو الأب) اخ ش
الفروض:	١/٢	١/٦	ق بالسوية
الأسهم:	٣	١	٢

[1] يضرب عدد الرؤوس من لهم الثلث من أصل المسألة (٣×٣)= ٩.

الجد مع أولاد الإخوة والأخوات في الفقه الجعفري:

يرى الفقهاء الجعفرية ان أولاد الإخوة والأخوات ذكورا كانوا أم اناثا، يقومون مقام ابائهم وأمهاتهم، فيحل محل الأخ أبناؤه وبناته، ويقوم مقام الأخت أولادها ذكورا واناثاً، سواء أكان الإخوة والأخوات من الأبوين أم من الأب أم من الأم.

وبناء على ذلك لو اجتمع مع الإخوة والأخوات الأجداد، قاسموهم كما يُقاسم الإخوة والأخوات حسب التفصيل السابق.[1]

الورثة:	ابن الأخ من الأم. أبو الأم.	ابن اخ ش. أب الأب.	ابن اخ أو ابن اخت من الأب
	٣/١	ق	م
	٢	٤	لا شيء

اصل المسألة (٣) وتصح من (٦)

الورثة:	ابن اخ من الأم	جد (أب الأب)
الفروض:	٦/١	ق
الأسهم:	١	٥

[1] في الكافي للكليني (١١٣/٧): "عن أبي عبدالله(ع) قال: أن علياً (ع) كان يورث ابن الأخ مع الجد ميراث ابيه. وعن ابي عبدالله قال في بنات أخت وجد: لبنات الأخت الثلث وما بقي للجد (أي ان كان الجد من جانب الأب والأخت من الأبوين أو من الأب) فاقام بنات الأخت مقام الأخت وجعل الجد بمنزلة الأخ".

الفصل الثاني
العصبات وكيفية توريثهم

العصبات: هم أقارب المتوفى المذكور، ومن ينـزل منـزلتهم مـن الإنـاث، والعصـبة في الأصل جمع عاصب، مثل ظلمة جمع ظالم، ولكنها تستعمل للمفرد، والمثنى، والجمع، والمذكر، والمؤنث.[١]

وللعصبات أنواع ثلاثة: العصبة بالنفس، والعصبة بالغير، والعصبة مع الغير.

أ- العصبة بالنفس:

وهو ذكر لا يتقرب إلى المتوفى بالأنثى وحدها، وإنما يتقـرب إليـه بالـذات كـالإبن، أو بواسطة الذكر والأنثى معاً كالأخ الشقيق للمتوفى، يتقرب إليه عـن طريـق الأب والأم، أو بواسطة ذكر وحده كإبن الإبن، والأخ من الأب.

وللعصبة بالنفس جهات أربع مقدم بعضها على بعض في الإرث على الترتيب الآتي:

١- البنوة: وتشمل أبناء المتوفى وأبناء أبنائه وإن نزلوا.
٢- الأبوة: وتشمل أبا المتوفى، وجده العصبـي وإن علا.
٣- الإخوة: وتشمل إخوة المتوفى من الأبوين أو من الأب وأبناءهم وإن نزلوا.
٤- العمومة: وتشمل أعمام المتوفى، وأعمام أبيه، وأعمام جده العصبـي وإن علا، سواء أكانوا من الأبوين أم من الأب، وأبناء هؤلاء وأبناء أبناءهم وإن نزلوا.

حكم العصبة بالنفس في الميراث:

انه يستحق كل التركة إذا لم يكن معه من يرث بالفرض، ويرث البـاقي بعـد نصـيب[٢] صاحب الفرض ان اجتمع معه، وأحيانا لا يبقى شيء فيُحجب بالإستغراق.

---

[١] سمى أقرباء الرجل من أبيه عصبة لأنهم يحيطون به للنصرة والحماية، ومنه قولهم: عصب القوم بالرجل أي أحاطوا به لقتال أو دفاع.

[٢] في فتح الباري (١٥/١٤): أجمع فقهاء الشريعة على ان الذي يبقى بعد الفروض للعصبة، وفيه ١٥/١١-١٢ قال: "الحقوا الفرائض بأهلها فما بقي فلأولى رجل ذكر" أي لأقرب ذكر.

فمن مات عن ابن وحده أو أخ شقيق وحده أو عم من غير الأم وحده، يرث كل التركة. ومن مات عن أم وابن يرث الإبن الباقي بعد نصيب الأم، ومن مات عن زوجة وأخ، فالباقي بعد نصيب الزوجة كله للأخ وهكذا...

ومن مات عن زوج وأخت شقيقة وأخ لأب، يُحجب الأخ بالإستغراق، لأن للزوج النصف وللأخت النصف.

ب- العصبة بالغير:

هي كل أنثى صاحبة فرض تحتاج في عصوبتها إلى الغير وتشاركه في العصوبة والميراث، فترث بالتعصيب لا بالفرض، وتنحصر العصبة بالغير في أربعة أصناف:

١- البنت الصلبية: إذا اجتمعت مع الإبن الصلبي.

٢- بنت الإبن وإن نزل: إذا اجتمعت مع الإبن وإن نزل.

٣- الأخت الشقيقة: إذا كانت مع الأخ الشقيق وكذا مع الجد.

٤- الأخت من الأب: إذا اجتمع معها الأخ من الأب.

حكم العصبة بالغير:

انها ترث نصف مقدار ما يستحقه من كان سبباً من صيرورتها عصبة. فمن مات عن ابن وبنت عصبة بالنفس، والبنت عصبة بالغير. فالمال بينهما يكون أثلاثا للإبن ثلثان وللبنت ثلث وفقا لقاعدة (للذكر مثل حظ الأنثيين).

ج- العصبة مع الغير:

هي كل أنثى تحتاج في عضويتها إلى الغير ولكن هذا الغير لا يشاركها في العصوية، وتنحصر في صنفين:

١- الأخت الشقيقة للمتوفى: إذا اجتمعت مع بنت المتوفى أو بنت ابنه.

٢- اخت المتوفى من أبيه: إذا اجتمع مع ابنته، أو ابنة ابنه.

حكم العصبة مع الغير:

انها ترث ما تبقى بعد نصيب أصحاب الفروض، فإذا لم يبق شيء تحجب من الميراث بالإستغراق. فمن مات عن بنت ابن وأخت شقيقة وزوجة، لبنت الإبن نصف التركة، وللزوجة الثمن، وللأخت الباقي بالتعصيب مع الغير.

الفقه الجعفري والقانون:

لا وجود لتطبيقات العصبة مع الغير بكلا صنفيه في الفقه الجعفري، لأن الإخوة والأخوات من المرتبة الثانية، والبنات وبنات الإبن من المرتبة الأولى، فإذا وجد شخص من المرتبة الأولى ذكرا كان أم أنثى، لا يرث أحد من المرتبة الثانية.

أما القانون فإن المادة (٩١/٢) المعدلة من قانون الأحوال الشخصية تنص على حجب جميع الورثة من الميراث بالبنت عدا خمسة أصناف وهم: (الأبوان، والزوجان، وابن المتوفى).

إضافة إلى ذلك فإن فقهاء الجعفرية (الإمامية) لا يقرون التقسيم الثلاثي عند الجمهور (أي أصحاب الفروض، والعصبات، وذوي الأرحام) وإنما التقسيم السائد عندهم إلى المراتب[1]:

المرتبة الأولى: الأبوان المباشران والأولاد وأولاد الأولاد، سواء كانوا ذكورا أو إناثا أو مختلفين.

المرتبة الثانية: الأجداد والجدات والإخوة والأخوات وأولادهم ذكورا كانوا أم إناثا.

المرتبة الثالثة: الأعمام والعمات والأخوال والخالات وأولاد هؤلاء ذكورا كانوا أم إناثا.

وبعد هذه المقدمة نوزع كيفية التوريث بالتعصيب للجهات الأربع على أربعة مباحث:

---

[1] يقول الطوسي (كتاب الخلاف في الفقه ٢/٥٥): "القول بالعصبة باطل عندنا ولا يورث بها في موضوع من المواضع، وإنما يورث بالفرض المسمى أو القربى أو الأسباب التي يورث بها من الزوجية والولاء. وروي ذلك عن ابن عباس، لأنه قال في من خلف بنتاً وأختاً أن المال كله للبنت دون الأخت، ووافقه جابر بن عبدالله في ذلك.

المبحث الأول

التوريث بالبنوة

البنوة-كما سبق- تشمل ابن المتوفى وابن ابنه وإن نزل:

كيفية توريث ابن المتوفى:

لابن المتوفى حالات كثيرة في الميراث، أهمها هي الآتية:

١- عند الإنفراد: قد يرث كل التركة وقد يرث باقيها بعد نصيب صاحب الفرض.

أ- الورثة:	ابن أخ	عم
الفروض:	ك	م

ب- الورثة:	زوجة	ابن
الفروض:	١/٨	ق
الأسهم:	١	٧

٢- عند التعدد: تكون التركة كلها أو باقيها بينهم بالسوية.

أ- الورثة:	زوج	(٣) ابناء
الفروض:	١/٤	ق
الأسهم:	١	٣ لكل واحد سهم

ب- الورثة:	(٥) ابناء	أخ ش. اخت ش[1]
الفروض:	ك بالسوية	م
الأسهم:	٥ لكل ابن سهم	لا شيء

---

[1] في حالة وجود صاحب فرض يكون مقام نصيب صاحب الفرض أصل المسألة، وفي حالة عدم وجود صاحب الفرض يكون عددهم أصل المسألة.

٣- عند الإجتماع مع بنات المتوفى توزع عليهم التركة كلها أو باقيها (للذكر مثل حظ الأنثيين).

أ- الورثة:	(٣) ابناء، (٤) بنات	أصل المسالة عددهم (١٠)
الفروض:	ك	بعد اعتبار كل ذكر أنثيين (للذكر مثل حظ الأنثيين)
الأسهم :	١٠	لكل ذكر سهمان ولكل أنثى سهم واحد
ب- الورثة:	زوج	ابن. بنت
الفروض:	١/٤	ق
الأسهم:	١	٢ ١
ج- الورثة:	زوجة	(٣) ابناء بنت
الفروض:	١/٨	ق
الأسهم	١	لكل ابن سهمان وللبنت سهم واحد

قوة قرابة الإبن:

أ- يمنع جميع الورثة من الميراث باستثناء سبعة أصناف عن الجمهور وهم: (الأبوان، والزوجان، والجد، والجدة، وبنت المتوفى).

وباستثناء خمسة فقط عند الجعفرية وهم: (الأبوان، والزوجان، وبنت المتوفى). وأخذ قانون الأحوال الشخصية بالمذهب الجعفري في المادة (٩١/٢) المعدلة.

ب- ويمنع كلاً من الأم والزوج والزوجة من أوفر الحظين.[1]

ج- ولا يحجب الإبن من الميراث بأي وارث.

كيفية توريث ابن الإبن:

كيفية توريث ابن ابن المتوفى مثل توريث الإبن عند عدم وجوده، فيحل محله وله ما له وعليه ما عليه باستثناء الحالات الآتية:

١-لا يُحول بنت المتوفى إلى العصبة بل يُحجب بها من الميراث في الفقه الجعفري وفي القانون. ولكن في الفقه السني يرث الباقي بعد نصيبها واحدة كانت ام أكثر.

---

[1] للأم (١/٣، ١/٦) ترث (١/٦) مع الإبن، وللزوج (١/٢، ١/٤) ويرث (١/٤) مع الإبن، وللزوجة (١/٤، ١/٨) ترث (١/٨) مع الإبن.

الورثة:	بنت	ابن الابن
الفروض:	٢/١	ق
الأسهم:	١	١

الورثة:	بنت	ابن الابن (في الفقه الجعفري والقانون)[1]
الفروض:	٢/١ + ق	م
الأسهم:	١ فرضاً ١ رداً	لاشيء

٢-يُحول ابنة عمه إلى العصبة كتعصيبه لأخته: فمن توفى عن ابن ابن وبنت ابن آخر تكون التركة بينهما اثلاثاً (للذكرمثل حظ الأنثيين).[2]

٣- عند جمهور الفقهاء ابن ابن الابن قد يعصب بنت الابن وهو أبعد منه إلى الميت.

الورثة:	(٢) بنت. بنت الابن	ابن ابن الابن	اصل المسالة من(٣) وتصح من (٩)
الفروض:	٣/٢	٣ق	(للذكر مثل حظ الأنثيين)
الأسهم:	٦	١	٢

ولا وجود لهذه الحالة في الفقه الجعفري والقانون، لان ابن ابن الابن يُحجب بالبنت وبنت الابن التي اقرب منه.

---

[1] لان البنت من الدرجة الأولى في المرتبة الأولى. وابن الابن من الدرجة الثانية في المرتبة الأولى

[2]

الورثة:	زوج	ابن الابن	بنت الابن
الفروض:	٤/١		٣/ ق
الأسهم:	١	٢	١

المبحث الثاني
التوريث بالابوة

مرتبة الابوة تلي مرتبة البنـوة، فـاذا وجـد وارث ذكـر مـن البنـوة فـلا تـرث الابـوة بالتعصيب، وانما ترث بالفرض (التسمية)[1] وهو سدس التركة. والابوة عند جمهور الفقهـاء عبارة عن الأب والجد العصبي(أبي الأب وان علا)، امـا ابـو الأم وابـو ام الأب فمـن ذوي الأرحام. وهذا التقسيم غير موجود في الفقه الجعفري كما ذكرناه.

وكل ما يقال هنا بصدد ميراث الأب والجد يكون تكراراً لما سبق في الفصـل الأول، ولـذا نقتصر على بيان الأحكام التي يختلف فيها الأب مع الجد.

الأحكام الخاصة بالاب:

يختلف الأب عن الجد بالنسبة لقضايا الميراث في الأحكام الآتية:

١-الأب يحجب إخوة وأخوات المتوفى مطلقا بخـلاف الجـد فأنـه لايحجـبهم إلا عنـد ابـي حنيفة(رح) ومن حذا حذوه، ففي الفقه الجعفري لا يحجبهم مطلقا لان الكل في مرتبـة واحدة، وفي الفقه السني- باستثنـاء الفقه الحنفي- الجد لا يحجب إلا الإخوة والأخـوات من الام.

٢- الأب يحول الأم من ثلث التركة إلى ثلث الباقي بعـد نصـيب الـزوجين عنـد جمهـور الفقهاء في حالة اجتماع الأب والام واحد الزوجين، بشرط عدم وجـود الفـرع الـوارث وعدد من الإخوة والأخوات كما سبق في الفصل الأول.

ولكن الجد لا يملك هذه القوة باتفاق جميع الاراء، بل الأم ترث معه ثلث كل التركة في الحالة المذكورة.

وفي الفقه الجعفري هذا الأختلاف بين الأب والجد غـير موجـود، لأن الأم تـرث الثلـث الكامل وهـم لا يقرون الثلث الباقي بأي حال من الأحوال كما سبق.

---

[1] عند جمهور الفقهاء بنت الابن تحجب من الميراث ببنـتين فـأكثر لكـن إذا كـان هنـاك ابـن ابـن المتـوفى فينقذها من هذا الحجب بتحويلها الى العصبة وان كان ابن الابن ابعد منها في القرابة. وفقهـاء الجعفرية يستعملون لفظ(تسمية) بدلا من (فرض).

٣- ام أبي المتوفى تُحجب من الميراث بالأب ولكن لا تُحجب بالجد، لانها زوجته وجدة المتوفى، فهي في درجة الجد من حيث التقرب إلى المتوفى.

٤-في الفقه الجعفري الأب لا يُحجب حجب حرمان بأولاد الميّت وأولاد أولاده، لأن الكل من المرتبة الأولى، ولكن الجد يُحجب بهم لأنه من المرتبة الثانية وهم من المرتبة الأولى.

المبحث الثالث

التوريث بالإخوة

أ- تلي مرتبة الإخوة بعد مرتبة البنوة فلا يرث احد من الإخـوة –وكـذلك الأخـوات– عند وجود فرع وارث ذكر للمتوفى، سواء أكـان ابنـاً أو ابـن ابـن وان نـزل، ولكـن بالنسبة للجد الكل في مرتبة واحدة من حيث الميراث مطلقاً في الفقه الجعفـري، ومـا عدا الإخوة من الأم عند الجمهور، كما سبق تفصيل ذلك في الفصل الأول.

ب- الإخوة تشمل من يلي:

١- الاخ الشقيق للمتوفى.

٢- الاخ من الأب للمتوفى.

٣- ابن الاخ الشقيق وان نزل.

٤- ابن الاخ من الأب وان نزل.

فكل مرتبة من هذه المراتب تُحجب بالمرتبة التي تسبقها.

وان توريث كل وارث من هذه المراتب يكون بالتعصيب، فـيرث كـل التركـة ان انفـرد ولم يُحجب، ويرث الباقي بعد نصيب صاحب الفرض ان اجتمع معه.

الورثة:	أخ ش	أخ من الاب
الفروض:	ك	م

الورثة:	ابن أخ ش	ابن أخ من الاب
الفروض:	ك	م

الورثة:	زوجة	أخ ش أو أخ من الأب أو ابن أخ ش أو ابن اخ من من الاب
الفروض:	١ /٤	ق
الأسهم:	١	٣

ج- الاخ الشقيق يحوّل أخته الشقيقة إلى العصبة فيتقاسمان التركة كلها أو باقيها للذكر مثل حظ الأنثيين. وكذلك الحكم بالنسبة للاخ من الأب إذا اجتمع مع الأخت من الاب.

الورثة:	زوجة	أخ ش	أخت ش
الفروض:	١/٤	٣ ق	(للذكر مثل حظ الأنثيين)
الأسهم:	١	٢	١

الورثة:	أخ من الأب	أخت من الأب
الفروض:	(للذكر مثل حظ الأنثيين)	

ولكن كل من ابن الاخ الشقيق وابن الاخ من الأب لا يعصِّب أخته، لان بنات الاخ من ذوي الأرحام عند الجمهور.[1]

د- الإخوة الاشقاء والإخوة من الأب قد يُحجبون من الميراث بالاستغراق:

الورثة:	زوج	أخت ش	أخ من الاب
الفروض:	١/٢	١/٢	م بالاستغراق[2]
الأسهم:	١	١	لاشيء

الورثة:	أم	(٢) بنت الابن	جد	أخ ش
الفروض:	١/٦	٢/٣	١/٦	م بالاستغراق[3]
الأسهم:	١	٤	١	لا شيء

---

[1] وفي الفقه الجعفري: ابناء وبنات الاخوة يتقاسمون التركة كلها أو باقيها، للذكر مثل حظ الانثيين شأنهم شأن الاخوة والاخوات عند الاجتماع.

[2] في الفقه الجعفري وفي القانون يحجب بالأخت الشقيقة.

[3] في الفقه الجعفري يحجب بكل من الأم وبنت الابن لانه من المرتبة الثانية. وكذا يحجب الجد في هذه المسألة لأنه من المرتبة الثانية ايضاً.

المبحث الرابع

التوريث بالعمومة

أ- تأتي جهة العمومة من العصبات في المرتبة الأخيرة، فلا ميراث بهذه الجهة إذا وجد وارث عاصب من الجهات الثلاث السابقة عليها.

وتشمل العمومة ما يلي:

١- العم الشقيق.
٢- العم من الاب.
٣- ابن العم الشقيق.
٤- ابن العم من الاب.

وكل مرتبة من هذه المراتب تُحجب من الميراث بالمرتبة التي تسبقها.

الورثة:	زوجة	عم ش	عم من الاب
الفروض:	١/٤	ق	م
الأسهم:	١	٣	لا شيء

الورثة:	جدة	عم من الأب	ابن عم شقيق أو من الأب
الفروض:	١/٦	ق	م
الأسهم:	١	٥	لا شيء

ب- تتميز جهة العمومة عند الجمهور بالأحكام الآتية:

١- كل ذكر من مراتب هذه الجهة من القرابة لا ينقل الأنثى التي في درجتها إلى الميراث بالعصوبة، لانها من ذوي الأرحام: فالعم الشقيق لا يعصب العمة الشقيقة والعم من الأب لا يعصب العمة من الأب وهكذا.[1]

[1] الفقه الجعفري لا يعترف بفكرة العصوبة نظرياً ولكن عملياً يقول بتوزيع التركة على العم والعمة عند الاجتماع طبقاً لقاعدة (للذكر مثل حظ الانثيين).

٢- العم من الأم وأولاده ذكورا واناثا من ذوي الأرحام وفي الفقه الجعفري الاعمام والعمات مطلقاً من الدرجة الثالثة من الورثة.

٣- قد يحجب الوارث بالتعصيب من العمومة بالاستغراق، لأنه عند وجود صاحب الفرض يرث الباقي، فاذا لم يبق شيء يقال انه محجوب بالاستغراق.

الورثة:	زوج	أخت من الأب	عم[1]
الفروض:	٢/١	٢/١	م بالاستغراق
الأسهم:	١	١	لاشيء

ج- في الفقه الجعفري: الاعمام والعمات من المرتبة الثالثة فإن كانوا من الأبوين أو من الاب، التركة كلها أو باقيها بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين، اما الاعمام والعمات من الأم فحكمهم حكم الإخوة والأخوات من الام، للواحد منهم السدس ذكرا كان ام أنثى، ولأكثر من الواحد الثلث بالسوية ذكوراً كانوا ام اناثاً ام ذكوراً واناثاً.

---

[1] في الفقه الجعفري العم محجوب بالأخت لانه من المرتبة الثالثة وهي من المرتبة الثانية.

الفصل الثالث
ذوو الأرحام وكيفية توريثهم

ذوو الأرحام: هم ما عدا اصحاب الفروض والعصبات من الوارثين بالقرابة.

وينقسمون بحسب جهات قرابتهم إلى أربعة انواع[1]: يقدم بعضها على بعض في الإرث والحجب بحسب الترتيب الاتي:

النوع الأول-من كان من فروع المتوفى ممن ليسوا بصاحب فرض ولا عاصب، وهم صنفان:

١-أولاد بنات المتوفى مطلقاً (ذكوراً واناثاً) وإن نزلوا.

٢-أولاد بنات ابناء المتوفى مطلقاً (ذكوراً واناثاً) وإن نزلوا.

---

[1] الأرحام جمع رحم وهو لغة محل تكوين الولد. وسميت القرابة النسبية رحما لكون الرحم سبباً في القرابة: واختلف الفقهاء في توريث ذوي الأرحام:

قال زيد بن ثابت من فقهاء الصحابة ومن تبعه بعدم توريثهم. فالتركة كلها عند عدم وجود صاحب فرض وعاصب. والباقي بعد نصيب صاحب الفرض تكون لبيت المال(الخزانة العامة).

وقال جمهورهم ومنهم عمر بن الخطاب ﷺ وعلي بن ابي طالب ﷺ، وابن مسعودﷺ، تكون التركة لذوي الأرحام عند عدم وجود عاصب أو صاحب فرض. واخذ بهذا الإمامان ابو حنيفة، واحمد بن حنبل، واصحابهما وكثير من التابعين، ومنذ القرن الرابع الهجري انضم إليهم فقهاء المالكية والشافعية في قولهم بتوريث ذوي الأرحام على أساس عدم انتظام بيت المال.

واستدل القائلون بعدم التوريث بانه لا يوجد نص على توريثهم، ولا يجوز الاخذ بالاجتهاد في قضايا الميراث.

واستدل من قال بالتوريث بقوله تعالى ﴿وَأُوْلُواْ الأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَى بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللّهِ﴾(الأنفال:٧٥) أي الاقارب بعضهم اولى ببعض، والنص يشمل الاقارب من ذوي الأرحام.

وبسنة الرسولﷺ ((من ترك مالا فلورثته، وانا وارث من لا وارث له اعقل عنه وأرث. والخال وارث من لا وارث له يعقل عنه ويرثه)) رواه احمد وابو داود وابن ماجة نيل الاوطار٦ /٧٠. وعن ابن عباسﷺ ان النبي آخى بين اصحابه وكانوا يتوارثون بذلك حتى نزلت ﴿وَأُوْلُواْ الأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَى بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللّهِ﴾ فيتوارثون بالنسب. نيل الاوطار٦/١٧٣.

النوع الثاني : من كان من اصول المتوفى ممن ليسوا بصاحب فرض ولا عاصب وهم صنفان:

١- الجد الرحمي وان علا (أبو الام، وابو أبي الام..)

٢- الجدة الرحمية وان علت (ام أبي الام، وام ام أبي الام..)

النوع الثالث: من كان من فروع أبوي الميت، أي جميع أولاد الحواشي ممن ليسوا بصاحب فرض ولا عاصب وهم أربعة اصناف:

١- أولاد اخوة المتوفى من أمه (ذكوراً واناثاً) وإن نزلوا.

٢- أولاد أخت المتوفى مطلقاً (الأخت الشقيقة، أو من الاب، أو من الام) وإن نزلوا، سواء أكان الأولاد ذكوراً ام اناثاً.

٣- بنات اخوة المتوفى مطلقاً(الاشقاء، أو من الاب، أو من الام).[1]

٤- بنات ابناء اخوة المتوفى مطلقاً.

النوع الرابع: من كان من فروع احد اجداد أو جدات المتوفى مهما علوا، أي من ينتسب إلى أصول المتوفى ممن ليسوا بصاحب فرض ولا عاصب، وهم الاصناف الآتية:

١- اعمام المتوفى من امه[2] وأولادهم.

٢- بنات الاعمام مطلقاً[3] وأولادهن.

٣- العمات وأولادهن.

٤- الاخوال وأولادهم.

٥- الخالات وأولادهن[4].

وتجدر الاشارة إلى انه لا ميراث لذوي الأرحام عند وجود عاصب أو صاحب فرض باستثناء الزوج والزوجة وهما لا يحجبان احداً ولا يُحجبان بأحد.

---

[1] تندرج بنات الاخ من الأم في الصنف الاول ولكن تكرر للايضاح.

[2] أي اخو أبي المتوفى من امه.

[3] العم من الأبوين أو من الأب أو من الام.

[4] ويقاس على هؤلاء الاصناف الخمسة نفس الاصناف بالنسبة الى ابي المتوفى، وجده، وجدته، كعمة ابي المتوفى، وخالته، وعمة جده... وهكذا..

أما ترتيب ذوي الأرحام في الميراث يكون بتقديم النوع الأول على الثاني، والثـاني علـى الثالث، والثالث على الرابع، ومن يلحق به.[1] وعمومة نفس الميّت وخؤولتـه مقدمـة علـى عمومة أبيه وخؤولته، وهذه مقدمة على عمومـة جدّيـه وخؤولتهمـا، والحاصـل أن ترتيـب أصناف ذوي الأرحام في الحجب كترتيب مراتب الورثة عند الجعفريـة. فكمـا أن كـل مرتبـة تحجب المرتبة التي تليها، كذلك كل نوع من أنواع ذوي الأرحام يحجب من يليه ذكرا كـان أم أنثى. فإن وجد من أي نوع شخص واحد، استحق التركة كلها، وإن وجـد شخصـان أو أكثـر، أتبعت الأحكام الآتية في الأنواع الأربعة الآتية:

---

[1] ويُطلق على هذه الأنواع تعبير (الأصناف) وهو إطلاق خاطئ، لأن النوع تُقسم الى الأصـناف، والصـنف الى الأشخاص.

النوع الأول
توريث أولاد البنات ، وأولاد بنات الابن

اولا-عند جمهور الفقهاء:

يخضع توريث أولاد البنات وأولاد بنات الابن وان نزلوا للقواعد الآتية:

١- ان كان واحداً (ذكراً أو انثى): يرث كل التركة أو باقيها بعد نصيب احد الزوجين.

الورثة: ابن بنت، أو بنت البنت، أو ابن بنت الابن

الفروض: ك

الورثة:	زوجة.	بنت البنت
الفروض:	١/٤	ق
الأسهم:	١	٣

الورثة:	زوج	ابن البنت، أو ابن بنت الابن
الفروض:	١ /٢	ق
الأسهم:	١	١

٢- وفي أكثر من واحد يتبع ما يلي:

أ-فأن كانوا سواء في القرابة وفي الادلاء، قُسِّمت التركة كلها أو باقيها بينهم بالسوية، ان كانوا ذكوراً فقط كابناء البنات، أو اناثاً فقط كبنات البنات. وللذكر مثل حظ الأنثيين ان كانوا ذكوراً واناثاً معا، كابناء البنات مع بنات البنات.

الورثة: (٥) ابناء بنت اصل المسألة من(٥) عددهم

الفروض: ك(بالسوية)

الورثة:	زوجة	(٣) بنات البنت
الفروض:	١/٤	ق لكل بنت بنت سهم واحد
الأسهم:	١	٣

الورثة:	**بنت بنت البنت**	**ابن بنت البنت**
الفروض:	**(للذكر مثل حظ الأنثيين)**	
الأسهم:	**١**	**٢**

ب- وان اختلفت درجتهم في القرابة قُدم الاقرب درجة ذكراً كان أو انثى.

الورثة:	**بنت البنت**	**ابن بنت الابن**
الفروض:	**ك**	**م**

ج- وان تساووا في الدرجة واختلفوا في الادلاء، فمن يُدلي بصاحب فرض يقدم على من يُدلي بذي رحم:

الورثة:	**بنت بنت الابن**	**ابن ابن البنت[1]**
الفروض:	**ك**	**م**

ثانياً-في الفقه الجعفري[2]:

توريث أولاد البنات وأولاد بنات الابن في هذا الفقه يخضع للقواعد الآتية:

١- أولاد البنات وأولاد أولادهن وإن نزلوا وأولاد بنات الابن وأولاد أولادهن وان نزلوا ذكوراً كانوا أو اناثاً يحلون محل اصلهم في الميراث عند عدم وجوده ويرثون ما يستحقه هذا الاصل لو كان على قيد الحياة.

٢- الأولاد وأولاد الأولاد وان نزلوا ذكوراً واناثاً من الطبقة (المرتبة) الأولى من الورثة فيقدمون على جميع الأقارب باستثناء الأبوين.

٣- اذا اجتمع احد الزوجين واحد الأبوين أو كلاهما مع أولاد الابن وأولاد البنت يكون لاحد الزوجين نصيبه الادنى، ولكل من الأبوين السدس، و الباقي لأولاد الابن وأولاد البنت اثلاثاً: فلأولاد الابن نصيب والدهم الثلثان بينهم بالسوية ان كانوا ذكوراً أو اناثاً وللذكر مثل حظ الأنثيين ان كانوا ذكوراً واناثاً.

---

[1] بنت الابن من ذوي الفروض وابن البنت من ذوي الأرحام لذا تقدم بنت بنت الابن على ابن ابن البنت.

[2] الاتجاه السائد في الفقه الجعفري هو الاخذ بطريقة التنزيل فكل يحل محل اصله في الميراث ويرث ما كان يستحقه لو كان على قيد الحياة.

ولأولاد البنت نصيب والدتهم الثلث كذلك أي بالسوية ان كانوا ذكوراً أو اناثاً، وللذكر مثل حظ الأنثيين ان كانوا ذكوراً واناثاً.

الورثة:	زوج	ابن البنت	بنت الابن
الفروض:	١ / ٤	(الباقي بينهما اثلاثاً)	
الأسهم:	١	١	٢

الورثة:	زوجة.	ابن البنت.	بنت البنت.	ابن الابن.	بنت الابن
الفروض:	١ / ٨	١ / ٣ ق		٢ / ٣ ق	
الأسهم:	٢٧	٤٢	٢١	٨٤	٤٢

اصل المسألة من(٢٤) المضاعف الاصغر للكسور وتصح من (٣×٣) × (٢٤)=٢١٦.[1]

٤- وان اختلفت درجة قرابتهم قدم الاقرب درجة مطلقاً سواء أكان ذكراً ام انثى، وسواء أكان الادلاء إلى المتوفى بصاحب فرض ام لا.

الورثة:	بنت البنت	بنت ابن الابن
الفروض:	ك(كل التركة)	م

---

[1] ايضاح ذلك نصيب اولاد البنت من(٢٤) و(٧) لا يقبل القسمة اثلاثاً(للذكر مثل حظ الانثيين) وكذلك نصيب اولاد الابن (١٤) لا يقبل القسمة اثلاثاً فيضرب عدد كل في الاخر بعد اعتبار كل ذكر انثيين ثم يضرب الحاصل في اصل المسألة.

النوع الثاني

توريث الجد الرحمي والجدة الرحمية[1]

يشترط لتوريث هذا النوع الثاني توفر شرطين:

احدهما: ان لا يكون للمتوفى وارث عاصب أو صاحب فرض- باستثناء احد الزوجين:

و الثاني: ان لا يكون للمتوفى وارث من النوع الأول من ذوي الأرحام[2].

واذا توفر هذان الشرطان يخضع توريثهم للقواعد الآتية:

١- إذا انفرد واحد منهم-ذكراً كان أو انثى-استحق كل التركة أو الباقي بعد نصيب احد الزوجين.

الورثة:	زوجة	جد(أبو الام) أو جدة(ام ابي الام)
الفروض:	١ / ٤	ق
الأسهم:	١	٣

---

[1] وقد أجمع فقهاء الإسلام على إطلاق الجد الساقط أو الجد الفاسد على الجد الرحمي، وإطلاق الجدة الفاسدة أو الجدة الساقطة على الجدة الرحمية، وكِلا الإطلاقين فاسد وساقط، لأن كل انسان يخلقه سبحانه وتعالى من عنصرين، عنصر الذكر الذي يسمى الحيمن، وعنصر الأنثى الذي يسمى البُييضة، وهما يتكونان من جوهر الدم الذي يتكون من جوهر المواد الغذائية التي تتكون من التراب، كما قال سبحانه وتعالى: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَكُم مِّن تُرَابٍ ثُمَّ إِذَا أَنتُم بَشَرٌ تَنتَشِرُونَ﴾الروم/٢٠. ولا مزية لأحد العنصرين على الآخر حتى يُسمى الإنسان الذي يكون من جانب الأب جداً صحيحاً أو جدة صحيحةً، ومن جانب الأم جدا فاسدا أو ساقطا وجدة فاسدة أو ساقطة.

[2] أي على اساس الاخذ بمذهب القرابة وقيام ميراثهم على تقديم الاقرب من المتوفى، فيكون ترتيب ميراث ذوي الأرحام بمثابة ترتيب العصبات، فلا يرث احد من جهة تالية ما دام يوجد احد من الجهة التي تتقدمها.. شرح النيل وشفاء العليل٨/٤١٣.

وتوريث ذوي الأرحام على طريقة اهل القرابة هو طريقة فقهاء الحنفية التي اخذت بها أكثر القوانين المعمول بها حاليا كقانون الأحوال الشخصية السوري القائم (م٢٩٠ –٢٩٧) والجزائري (م١٥٧– ١٦٨).

٢- وان وجد منهم أكثر من واحد واختلفوا في درجة القرابة كان الميراث لاقربهم درجة إلى الميّت سواء أكان من جهة الأب ام من جهة الام.

الورثة:	جد(ابو الام)	جد(ابو ام الاب)
الفروض:	ك	م

٣-وان تساووا في درجة القرابة، واختلفوا من جهة الادلاء.[1] كان أولاهم بالميراث من ينتسب للميت بصاحب فرض لأنه يكون اقوى ممن يدلي بذي رحم.

الورثة:	زوجة.	جد(ابو ام الام).	جد(ابو ابي الام)[2]
الفروض:	٤/١	ق	م
الأسهم:	١	٣	لاشيء

٤-وان تساووا في درجة القرابة وجهة الادلاء. بان كان الكل من قرابة الأب أو الكل من قرابة الأم في الميراث للذكر مثل حظ الأنثيين.

الورثة:	جد(ابو ابي الام)	جدة(ام ابي الام)
الفروض:	٣/ ٢	٣ / ١
الأسهم:	٢	١

الورثة:	زوجة	جد(ابو ابي ام الاب).	جدة(ام ابي ام الاب)
الفروض:	١ / ٤	ق(للذكر مثل حظ الأنثيين)	
الأسهم:	١	٢	١

٥- وان تساووا في الدرجة والادلاء، واختلفوا في الحيز (جهة القرابة) بأن كان البعض من ناحية ابي المتوفى والاخر من ناحية امه: يكون لمن في جهة الأب الثلثان، ولمن من جهة الأم الثلث، فتقسم التركة كلها أو باقيها بعد نصيب احد الزوجين للذكر مثل حظ الأنثيين[3].

الورثة:	زوجة.	جد(ابو ام الاب)	جد(ابو ام الام)
الفروض:	١ / ٤	ق(اثلاثاً)	
الأسهم:	١	٢	١

---

[1] بان كان البعض يدلي بصاحب فرض و البعض الاخر بذي رحم.

[2] ام الأم صاحبة فرض. وابو الأم من ذوي الأرحام.

[3] لان المدلين من جهة الأب يقومون مقامه. والمدلين من جهة الأم يحلون محلها.

وخلاصة الكلام: ان الترجيح بين افراد هذا الصنف يكون بما يلي:
أ- بالدرجة.
ب- ثم بالادلاء.
ج- وعند التساوي في الدرجة والادلاء واتحاد الحيز يشتركون في الميراث للذكر مثل حظ الأنثيين.
وعند اختلاف الحيز ثلثان لقرابة الأب وثلث لقرابة الام[1].

الفقه الجعفري:

لا يوجد اختلاف بين هذا الفقه وبين رأي الجمهور في الأحكام المذكورة للنوع الثاني إلا في الحكم الوارد في الفقرة(٣) حيث لا يعترف هذا الفقه بالتقسيم إلى اصحاب الفروض وذوي الأرحام وبالتالي لا يعترف باختلاف الادلاء بصاحب فرض أو ذي رحم، كما هو المتبع لدى الجمهور. ففي المسألة المذكورة في الفقرة(٣) المال بين الجدين بالتساوي[2].

الورثة:	زوجة.	جد(ابو ام الام)	جد(ابو ابي الام)	اصل المسألة من
الفروض:	١ / ٤	ق بالتسوية		(٤)وتصح من(٨)
الأسهم:	٢	٣	٣	

لان كليهما يحلان محل ام المتوفى ويتقاسمان نصيبهما بالتساوي. غير انهم لا يشترطون لميراث هذا النوع إلا عدم وجود النوع الأول وعدم وجود ابوي المتوفى فقط.

---

[1] وهذا ما اخذت به المادة(٣٣) من القانون المصري، "الصنف الثاني من ذوي الأرحام أولاهم بالميراث اقربهم الى الميّت درجة. فان استووا في الدرجة قدم من كان يدلي بصاحب فرض. أو كانوا جميعاً يدلون بصاحب فرض، فان اتحدوا في حيز القرابة اشتركوا في الإرث، وان اختلفوا في الحيز فالثلثان لقرابة الأب والثلث لقرابة الام".

[2] في ايضاح الفوائد شرح اشكالات القواعد(٢١٩/٤): "للجد المنفرد المال، وكذا الجدة سواء كانا لأب أو لام. ولو اجتمع الجد والجدة تساويا ان كانا لام. وان كانا لأب فللجد الثلثان وللجدة الثلث. وللجد أو الجدة اولهما لأم مع جد أو جدة أو هما لأب الثلث ان كان واحد أو أكثر بالسوية والباقي للجد أو الجدة أو لهما، للأب اثلاثا. ولو دخل زوج أو زوجة كان لهما نصيبهما الاعلى: النصف للزوج، والربع للزوجة، وللجد أو الجدة أو هما، للأم ثلث الاصل والباقي للجد أو الجدة أو هما للاب، ويمنع الجد أو الجدة لأب كان أو لام، كل من يتقرب بهما من آبائهما واجدادهما واولادهما وهم: العمومة والعمات والخولة والخالات واولادهم ولا يمنعون الاخوة والاخوات ولا اولادهم".

النوع الثالث

توريث أولاد الحواشي

ويشترط لتوريث هذا النوع من ذوي الأرحام عدم وجود وارث عاصب أو صاحب فرض-بإستثناء احد الزوجين-، وكذلك عدم وجود وارث من النوعين الأولين من ذوي الأرحام، لأن ترتيب هذه الانواع في مذهب القرابة كترتيب العصبات. فإذا توفرت هذه الشروط يكون الحكم في توريثهم كالحكم في توريث النوع الأول (أولاد البنات وأولاد بنات الابن) كما يلي:

اولا- إن كان الموجود منهم واحداً، فله التركة كلها أو الباقي بعد نصيب احد الزوجين.

الورثة:	زوج	بنت الأخت
الفروض:	١ /٢	ق
الأسهم:	١	١

ثانياً-ان كان الموجود منهم أكثر من واحد تتبع الأحكام الآتية:

١- ان اختلفت درجاتهم كان أولاهم بالميراث أقربهم درجة.

الورثة:	بنت الاخ من الام.	بنت ابن الاخ ش
الفروض:	ك	م

٢- إن تساووا في الدرجة وكان فيهم من يدلي بولد عاصب، فهو أولى بالميراث من ولد ذي رحم.

الورثة:	بنت ابن اخ ش.	ابن بنت اخ ش
الفروض:	ك	م

٣-وإن تساووا في الإدلاء بعاصب أو عدم الإدلاء به، فالميراث يكون لمن هو أقوى قرابة:

الورثة:	بنت اخ ش	بنت اخ من الاب
الفروض:	ك	م

الورثة:	زوجة.	بنت اخ من الاب.	بنت اخ من الام
الفروض:	١/٤	ق	م
الأسهم:	١	٣	لاشيء

الفقه الجعفري:

١- هذا النوع الثالث كالنوع الثاني، كلاهما من المرتبة الثانية، لذا لا يحجب بعضهم بعضاً.

الورثة:	جد(ابو الام)	بنت الاخ من الام
الفروض:	ك(بالتسوية)	

٢- أولاد الإخوة والأخوات من الأم يحلّون محلّ الاخ من الام، للواحد منهم السدس وللأكثر الثلث.

٣- أولاد الإخوة الاشقاء يحلون محل الاخ الشقيق، ويرثون نصيبه- لو كان حيّاً- كل التركة أو الباقي، بعد نصيب احد الزوجين بالتسوية أو للذكر مثل حظ الأنثيين[1].

الورثة:	زوجة.	بنت اخ ش	ابن اخ ش
الفروض:	١ /٤	ق(للذكر مثل حظ الأنثيين)	
الأسهم:	١	١	٢

٤-أولاد الإخوة الاشقاء يحجبون أولاد الإخوة من الاب، شأن كلٍ شأن والده، لكن أولاد الإخوة من الأم لا يُحجبون بأولاد الإخوة الاشقاء أو من الأب كما ان الاخ الشقيق أو الاخ من الأب لا يحجب الاخ من الام.

الورثة:	زوج	بنت اخ ش	بنت اخ من الاب
الفروض:	٢/١	ق	م
الأسهم:	١	١	لاشيء

الورثة:	بنت الاخ من الام	بنت الاخ ش
الفروض:	٦/١	ق

---

(١) بالتسوية ان كانوا ذكوراً فقط أو اناثاً فقط وللذكر مثل حظ الانثيين ان كانوا ذكوراً واناثاً.

النوع الرابع

توريث النوع الرابع

هذا النوع من ذوي الأرحام عبارة عن الاعمام من الأم والعمات والاخوال والخالات وأولادهم بالنسبة للمتوفى أو لأبويه أو لجديه.

إذا وجد شخصان فأكثر من الصنف الرابع، فلا يخلو الأمر من إحدى الحالتين:

الأولى- أن يتحدوا في جهة القرابة، بأن تكون قرابة الكل من جانب الأب وهم الأعمام لأم والعمات مطلقا، أو من جانب الأم وهم الأخوال والخالات مطلقاً، وفي هذا الأمر صورتان:

أ- أن يختلفوا في القوة، بأن كان بعضهم اصله لأبويه، وبعضهم أصله لأب أو لأم، فيُقدم الأقوى، فمن كان أصله لأبوين قُدم على من أصله لأبٍ، وهذا مقدمٌ على من أصله لأمٍ.

الورثة:	عمة ش.	عمة لأب	عمة لأم
الفروض:	ك(لأنها اقوى ممن معها)	م	م
الورثة:	خال ش.	خال لأب	خال لأم
الفروض:	ك(لأنه اقوى ممن معه)	م	م

ب- أن يتحدوا في قوة القرابة، بأن يكون الكل لأبوين أو لأب أو لأم، وفي هذه الحالة يشتركون في القسمة بالتساوي، إن كانوا ذكورا فقط أو إناثاً فقط. وإن كانوا مختلطين فللذكر ضعف الأنثى.

الورثة: (٣) اعمام لأم

الفروض: ك (بالتساوي) لإتحادهم في الجهة والقوة.

الورثة: (٢)عمة ش.

الفروض: ك (المال بينهما أنصافا، لكل واحدة نصف)

الورثة: (٣) أخوال أشقاء أو لأب أو لأم

الفروض: ك (المال بينهم أثلاثا).

الورثة: (٣) خالات أشقاء أو لأب أو لأم

الفروض: ك (المال بينهم أثلاثاً).

الورثة: (٤) خالات

الفروض: ك (المال بينهن أرباعاً، لكل واحدة ربع).

الثانية- أن يختلفوا بجهة القرابة: وفي هذه الحالة لا تعتبر قوة القرابة، بل يُعطى الثلثان لقرابة الأب، والثلث لقرابة الأم. ثم يُقسم الثلثان على قرابة الأب، والثلث على قرابة الأم. وإذا كانت قرابة الأب التي أخذت الثلثين مختلفة في القوة، استحقت أقوى الثلثين، وإذا كانت متحدة في القوة، اشتركوا في الثلثين على حسب ذكورتهم وأنوثتهم (للذكر مثل حظ الأنثيين)، ويُقسم الثلث الذي استحقه قرابة الأم على هذه الطريقة أيضا.

الورثة:	عمة ش	عم لأم	خالة لأب	خال لأم
الفروض:	٣/٢	٣/٢	٣/١	٣/١

فتأخذ العمة والعم الثلثين، ويأخذ الخال والخالة الثلث، وبعد هذه القسمة تأخذ العمة الشقيقة الثلثين لأنها أقوى من العم لأم، وتأخذ الخالة لأب كل الثلث الذي أخذته قرابة الأم لأنها اقوى من الخال لأم.[1]

ميراث أولاد النوع الرابع ومن يلحق بهم:

إذا وجد واحد من أولاد هذا النوع وليس معه غيره من بقية الأنواع الأخرى، أخذ المال كله، وإذا وجد منه شخصان فأكثر، فلا يخلوا الحال من أمرين:

أولا- أن تختلف درجتهم، وفي هذه الحالة يُقدّم الأقرب درجة، سواء كان من جهة الأب أو من جهة الأم.

---

[1] الصنف الرابع من ينتسب الى جدي الميّت أو جداته، وهو الأعمام لأم والعمات والأخوال والخالات ثم أولادهم وإن نزلوا، والقاعدة في توريثهم أنه إن كانوا من حيّز القرابة الواحدة، فالأقوى منهم في القرابة أولى -ذكورا أو إناثا- ، وإن استوت قرابتهم في القوة وكانوا ذكورا وإناثا، فللذكر مثل حظ الأنثيين. وإن اختلف حيّز قرابتهم فلا اعتبار لقوة القرابة، ويكون الثلثان لقرابة الأب والثلث لقرابة الأم. ثم ما أصاب كل فريق يُقسم بينهم كما لو اتحد حيّز قرابتهم.

الورثة: إبن عمة ابن ابن خال

الفروض: ك م فالمال كله للأول لقربه درجة.

الورثة: إبن خالة بنت ابن عمة

الفروض: ك م فالمال كله للأول لقربه درجة.

ثانيا- أن تتحد درجتهم، وفي هذه الصورة أمران:

١- اتحاد جهة القرابة بأن يكون الكل من جهة الأب وهم أولاد العمات مطلقا، وأولاد الأعمام لأم، وبنات الأعمام الأشقاء أو لأب، وبنات ابنائهما، أو كان الكل من جهة الأم، وهم أولاد اخوال والخالات مطلقا، فإن اختلفوا في قوة القرابة، قُدم أقوى قرابة، فمن كان أصله لأبوين، فهو أولى ممن أصله لأب، ومن لأب أولى ممن أصله لأم.

الورثة: ولد العمة الشقيقة ولد العمة لأب ولد العمة لأم

الفروض: ك م م

وإن اتحدوا في قوة القرابة فلا تخلو الحال من ثلاث صور:

أ- أن يكون بعضهم ولد عصبة وبعضهم ولد ذي رحم، فيقدم ولد العصبة على ولد ذي الرحم.

الورثة: بنت عم لأب بنت عمة لأب

الفروض: ك م

ب- أن يكون الكل أولاد لعصبات، فيستوون في القسمة.

الورثة: (٢) بنت عم ش

الفروض: ك (لكل واحدة نصف التركة).

ج- أن يكون الكل أولاد ذي رحم، فيستوون في القسمة بحسب ذكورتهم وأنوثتهم.

الورثة: إبن خال ش بنت خالة ش

الفروض: ٣/٢ ٣/١

فللأول الثلثان وللثانية الثلث.

٢- اختلاف جهة القرابة: وذلك بأن كان بعضهم من جانب الأب، وبعضهم من جانب الأم. وفي هذه الصورة لا عبرة لقوة القرابة ولا لولد العصبة، وإنما يستحق الكل، فيأخذ الثلثين من يُدلي بقرابة الأب، والثلث من يُدلي بقرابة الأم، وما أصاب كل فريق يُقسم بينهم،

الورثة:	بنت عم لأم	ابن خال ش.
الفروض:	٣/٢	٣/١

فللبنت الثلثان لأنها من جهة قرابة الأب، وللإبن الثلث لأنه من جهة قرابة الأم.

أولاد العمومة و الخؤولة في الفقه الجعفري:

يخضع أولاد هؤلاء -في الفقه الجعفري- للقواعد الآتية:

١- أولاد العمومة والخؤولة يقومون مقام آبائهم وأمهاتهم عند عدمهم، ويأخذ كل منهم نصيب من يتقرب به، فيأخذ ولد العمة وإن كان أنثى الثلثين وولد الخالة وإن كان ذكراً الثلث.

الورثة:	زوجة.	بنت عمة	بنت خال
الفروض:	٤/١	ق(أثلاثاً)	
الأسهم:	١	٢	١

٢- يتساوى أولاد الخال والخالة في الميراث ولا تُطبق على ذكورهم مع إناثهم قاعدة للذكر مثل حظ الأنثيين أسوة بآبائهم وأمهاتهم.

الورثة:	(٥) ابناء خالة و (٤) بنات خال	اصل المسألة(٩)
الفروض:	ك(بالسوية)	لكل واحد سهم

٣- أولاد العمومة من الأبوين أو من الأب عند اجتماع الذكور والاناث يرثون وفق قاعدة للذكر مثل حظ الأنثيين.

الورثة:	زوجة	ابن عمة	بنت عمة
الفروض:	٤/١	ق(للذكر مثل حظ الأنثيين)	
الأسهم:	١	٢	١

٤- يقتسم أولاد العمومة من الأم بالتساوي كأولاد الخؤولة.

الورثة:	زوجة	ابن عم من الام	(٢) بنت العم من الام[1]
الفروض:	٤/١	ق(بالتساوي) لكل واحد سهم	
الأسهم:	١	٣	

[1] اللمعة وشرحها المرجع السابق٢/٣٢٣.

وفي الختام أرى من المفيد لمن لم يُعمِ التعصب المذهبي بصيرته، أن أُعلق على بعض تطبيقات ذوي الأرحام كما يلي:

أولا: اعتبار أولاد البنات من الأقارب البعيدة وتقديم الأعمام وأبنائهم عليهم في الميراث، مخالف للعدالة الإلهية للأدلة الآتية:

أ- **الدليل اللغوي:** قال تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ اللّهُ فِي أَوْلاَدِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الأُنثَيَيْنِ فَإِن كُنَّ نِسَاء فَوْقَ اثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ وَإِن كَانَتْ وَاحِدَةً فَلَهَا النِّصْفُ وَلأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِن كَانَ لَهُ وَلَدٌ فَإِن لَّمْ يَكُن لَّهُ وَلَدٌ وَوَرِثَهُ أَبَوَاهُ فَلأُمِّهِ الثُّلُثُ فَإِن كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلأُمِّهِ السُّدُسُ مِن بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ آبَآؤُكُمْ وَأَبناؤُكُمْ لاَ تَدْرُونَ أَيُّهُمْ أَقْرَبُ لَكُمْ نَفْعاً فَرِيضَةً مِّنَ اللّهِ إِنَّ اللّهَ كَانَ عَلِيما حَكِيماً﴾[1].

فلفظ (الولد) في هذه الآية ورد بالمعنى اللغوي، أي يشمل الذكر والأنثى، فلماذا يُفسَّر بالمعنى اللغوي بالنسبة للأولاد الصُلبيين (البنين والبنات)، ويُحمل على المعنى العرفي بالنسبة للأحفاد، فيُراد به أبناء الإبن وإن نزلوا، وليس لهذا التغيير التفسيري مبرر سوى التأثر بالعرف الجاهلي الذي يقول:

بنونا بنو أبنائنا وبناتنا بنوهن أبناء الرجال الأباعد

ب- **الدليل العلمي:** من البدهي أن الله خلق ويخلق الإنسان من عنصرين، أحدهما بذرة الرجل التي تُسمى علميا (الحيمن)، والثاني بُبيضة الأنثى، وهذان العنصران يتكونان من جوهر الدم الذي يتكون من جوهر المواد الغذائية التي تتكون من خلاصة التراب (سلالة من طين)، قال تعالى: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَكُم مِّن تُرَابٍ ثُمَّ إِذَا أَنتُم بَشَرٌ تَنتَشِرُونَ﴾[2]، وقال تعالى ﴿وَلَقَدْ خَلَقْنَا الْإِنسَانَ مِن سُلَالَةٍ مِّن طِينٍ﴾[3]. ولا مزية لأحد العنصرين على الآخر من حيث الجوهر والتكوين والتأثر. وما قاله أهل الجاهلية (بنونا بنو أبنائنا، وبناتنا بنوهن أبناء رجال الأباعد) خطأ لا يُغتفر. كما أن التأثر بالأفكار الجاهلية في التمييز بين العنصرين مخالف لقوله تعالى ﴿إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِندَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ﴾[4]، ولقول الرسول

---

[1] النساء : ١١

[2] الروم:٢٠

[3] المؤمنون:١٢

[4] الحجرات:١٣

((الناس سواسية كأسنان المشط)).

٣- **الدليل الإجتماعي والعاطفة الروحية من ناحية القرابة:** وعلى سبيل المثل من يملك شيئا زائدا عن حاجته وهو ينوي إهدائه إلى أحد أقاربه، فزاره في وقت واحد إبن عمه وإبن بنته، فيختار لهذه الهبة إبن بنته لأنه أقرب إليه من حيث القرابة النسبية والشفقة والعلاقة الروحية.

وبناءً على هذه الأدلة إن الرأي الصائب هو ما ذهب إليه فقهاء الإمامية من أن أولاد البنت يحلّون محل والدتهم فيأخذون ما تأخذه هي استحقاقاً من التركة لو كانت على قيد الحياة.

ثانيا: من التأثر بالعرف الجاهلي القول بأن الأخ الشقيق يحجب أخته الشقيقة من الميراث عند الإجتماع معها في مسألة ميراثية واحدة، وعلى سبيل المثل من مات وانحصرت ورثته في ابن أخ شقيق وابنة أخ شقيق، وهما أخ وأخت من الأبوين، يحجب إبن الأخ الشقيق أخته الشقيقة، لأنه من العصبات وهي من ذوي الأرحام. وهذا مخالف للقرآن الذي بنى حق الميراث على أساس القرابة والزواج، لا على أساس الذكورة والأنوثة، أو على أساس كون الوارث من العصبات أو من ذوي الأرحام، ولم يرد فيه من قريب أو بعيد ما يُشير إلى هذا الفرق، كما أنه مخالف للعدالة، لأن الأنثى أحق بالرعاية من الذكر بسبب تكوينها الجسمي الذي هو أقل قُدرةً على تأمين العيش، وقد أنكر القرآن الكريم والحديث الشريف التعصب الجاهلي والتفريق بين الذكر والأنثى كما ذكرنا.

والصواب هو ما ذهب إليه فقه الإمامية من أن أولاد الإخوة والأخوات يحلون محل والدهم أو والدتهم في الميراث الذي يستحقونه لو كانوا على قيد الحياة.

موقف المشرع العراقي من ترتيب الورثة:

نصت المادة (٨٩) من قانون الأحوال الشخصية النافذ المعدل على الاتي:

الوارثون بالقرابة وكيفية توريثهم:-

١. الأبوان والأولاد وان نزلوا، للذكر مثل حظ الأنثيين.
٢. الجد والجدات والإخوة والأخوات وأولاد الإخوة والأخوات.
٣. الاعمام والعمات والاخوال والخالات وذوو الأرحام.

٤. تعتبر الأخت الشقيقة بحكم الاخ الشقيق في الحجب.

الترتيب الوارد في هذه المادة ظاهره يدل على ان المشرع اخذ بالفقه الجعفري الذي قسّم الورثة إلى ثلاث مراتب:

المرتبة الأولى-الأبوان والأولاد وأولاد الأولاد وان نزلوا.

المرتبة الثانية-الاجداد والجدات والإخوة وأولادهم وان نزلوا، والأخوات وأولادهن وان نزلوا.

المرتبة الثالثة-الاعمام والعمات والاخوال والخالات وأولاد هؤلاء وان نزلوا.

وان كل مرتبة محجوبة من الميراث بالمرتبة التي تسبقها، فاذا وجد شخص من المرتبة الأولى لا يرث احد من الثانية والثالثة، واذا وجد وارث من المرتبة الثانية لا يرث احد من الثالثة.

ولكن هذا الظاهر غير مراد وان المشرع العراقي لم يأخذ بالفقه الجعفري في ترتيب الورثة لما يلي:

١. ما جاء في الفقرة (٣) المادة(٨٩) من تعبير (وذوي الأرحام) لان الفقه الجعفري لا يعترف بهذا المصطلح ولا بتقسيم الورثة إلى اصحاب الفروض والعصبات وذوي الأرحام.

٢. التعديل الثامن الرقم(٣٤) لسنة١٩٨٣ الذي اضاف الفقرة (٤) إلى المادة(٨٩) تخالف ذلك، إذ الاخذ بالترتيب الجعفري يُغني عن هذا التعديل، لأن الأخت الشقيقة بحكم الاخ الشقيق في الحجب في هذا الفقة.

٣. التعديل الثاني لقانون الأحوال الشخصية رقم(٢١) لسنة١٩٧٨ الذي يقضي بأن البنت بمثابة الابن عند عدم وجود الابن، ذلك ان هذا التعديل لا مبرر له إذا اخذنا بالترتيب الجعفري، حيث أن هذا الترتيب يتضمن ما جاء في التعديل بالنسبة لاعتبار البنت بمثابة الابن عند عدمه.

٤- قرار محكمة التميز المرقم ١١/شخصية/٩٦٤ في ١٩٦٤/٣/٢٨ الذي أكّد ان المشرع العراقي انما قصد بهذا النص بيان المراد من الوارثين بالقرابة، ولم يقصد تقسيم الورثة إلى طبقات بصورة مرتبة كل طبقة تحجب التي بعدها.



الباب الثالث

عمليات تحديد مقدار نصيب كل وارث

ويتضمن: أربعة فصول

الفصل الأول- أصول المسائل وما يعول منها وما لا يعول.

الفصل الثاني- تصحيح المسائل والرد فيها.

الفصل الثالث- التخارج والتناسخ.

الفصل الرابع- الاحتياط في توزيع التركات.





تمهـيد

بعد التأكد من عدد الورثة المستحقين للتركة، ودرجة قرابتهم وجهة انتسابهم إلى المتـوفى ومعرفة نسب حصصهم، يأتي دور تقسيم التركة-نظرياً- إلى عدد من الأسهم، ويعتـبر هـذا العدد أساساً لتوزيع التركة، ويسمى-في اصـطلاح الفقهـاء- بــ"اصل المسـألة" أو "اصـل الفريضة". ويكون هذا الأصل –عـادة- اصغر عدد لاسهم التركة، بحيث يمكـن لكـل صـنف من الوارثين اخذ نصيبه دون كسر.

واختيار هذا العدد لأصل المسألة ليس عفويا ولا كيفيا، وانما يتم وفق قواعد عامة ثابتة في علم الميراث.

ثم ان النصيب الذي يستحقه كل صنف من أصناف الورثة، قد لا يقبـل القسـمة علـى افراد صنف أو أكثر بدون كسر، الأمر الذي يتطلب اعادة النظر في العدد المختـار وتعديلـه، بحيث يقبل نصيب كل صنف القسمة على أفـراده مـن غـير كسـر. وهـذا التعـديل يُسـمى "تصحيح المسألة".

ومن ناحية أخرى قد يحدث النقص في نصيب بعض الورثة عما حدده الشارع، لو وزعـت التركة على أساس العدد المختار لأصل المسألة، ولتلافي ذلك مـن الضـروري اجـراء تعـديل عليه باختيار عدد اكبر يسد هـذا الـنقص، وهـذا التعـديل في اصـطلاح الفقهـاء يسـمى: (العول) وهو: زيادة في عدد الأسهم ونقص في مقدارها.

وبعكس ذلك قد يصادف أن يبقى الأسهم بعد تحديد استحقاق كل وارث، ففي هذه الحالة يجب التعديل بإختيار عدد آخر أصغر، بحيث لا يبقى شيء من الأسهم، وهذا يُسمى: (الرد) وهو نقصان في عدد الأسـهم وزيادة في مقدارها. إذا الرد هو عكس العول.

وبالإضافة إلى ذلك قد يتصالح الورثة على اخراج بعضهم بطلب من هذا الـبعض مقابـل بدل معين له من التركة أو من غيرها، ففي هذه الحالة يجب تعديل العـدد الـذي تم اختيـاره لأصل المسألة أو الذي يجب أن يُختار لو لا هذا التصالح، وهذا مـا يُسمى في اصطلاح الفقهاء "التخارج". وهو ان يتصالح احد الورثة أو أكثر على ان يخرج من التركة فـلا يأخـذ نصـيبه منها شريطة أن يُدفع له مقابل من التركة أو من غيرها.

ثم قد يُصادف أن يموت بعض الورثة قبل تحرير التركة وتوزيعها على المستحقين، فعندئذ قد يجب ان يجري تعديل على العدد المختار لمسألة المتوفى السابق، بحيث يؤخذ بنظر الإعتبار ما يترتب على وفاة الوارث اللاحق قبل تقسيم التركة من أحكام جديدة من حيث التوريث.

وهذا التعديل يسمى "المناسخة" وهي: "انتقال نصيب بعض الورثة بموته قبل توزيع التركة إلى من يرثه".

وأخيرا قد يكون لأحد الورثة ظروف خاصة، بحيث يكتنفه اطار من الغموض، لكونه جنيناً لم يولد بعد، أو مفقوداً لم يُعرف مصيره، أو انسانا شاذا لم يُحدد صنفه بالذكورية أو الأنوثية.. فكل ذلك يُحتِّم على القاضي الأخذ بالإحتياط في توزيع التركة، بحيث لا يأخذ أحدهم أكثر مما يستحقه الآخرون.

وبعد هذا التمهيد يتحتم علينا توزيع عنوان الباب الأخير على أربعة فصول:

الفصل الأول
أصول المسائل وما يعول فيها وما لا يعول

أصل المسألة هو: أصغر عدد لأسهم التركة بحيث يتمكن كل ذي حق أن يأخذ حقه منه. ويتم اختياره وفق قواعد محددة وقد يُعدل، ونُخصص لكل من أصل المسألة وعولها مبحثا مستقلا.

المبحث الأول
أصول المسائل

يتم اختيار أصل المسألة وفق إحدى القواعد الثلاث الآتية:

القاعدة الأولى- إذا كان من بين الورثة ذو فرض واحد، يُعتبر مقام كسره الذي يُحدد نسبة فرضه أصلا للمسألة:

الورثة:	زوج	اخ ش	أصل المسألة (٢)
الفروض:	٢/١	ق	
الأسهم:	١	١	

الورثة:	أم	اب	أصل المسألة (٣)
الفروض:	٣/١	ق	
الأسهم:	١	٢	

الورثة:	زوجة	اخ ش	اصل المسألة (٤)
الفروض:	٤/١	ق	
الأسهم:	١	٣	

الورثة:	أم	ابن	أصل المسألة (٦)
الفروض:	١	ق	
الأسهم:	١	٥	

الورثة:	زوجة	ابن	أصل المسألة (٨)
الفروض:	١/٨	ق	
الأسهم:	١	٧	

القاعدة الثانية- إذا كان ضمن الورثة أكثر من صاحب فرض واحد، فالمضاعف المشـترك الأصغر لمقامات الكسور يكون أصل المسألة.

الورثة:	زوج	(٢) أخ من الأم	أخ ش	أصل المسألة (٦)
الفروض:	١/٢	١/٣	ق	
الأسهم	٣	٢	١	

الورثة:	زوج	أم	اب	ابن	أصل المسألة(١٢)
الفروض:	١/٤	١/٦	١/٦	ق	
الأسهم:	٣	٢	٢	٥	

الورثة	زوج	أم	ابن	أصل المسألة (١٢)
الفروض:	١/٤	١/٤	ق	
الأسهم:	٣	٢	٧	

الورثة:	زوجة	أم	أب	ابن	أصل المسألة (٢)
الفروض:	١/٨	١/٦	١/٦	ق	
الأسهم:	٣	٤	٤	١٣	

القاعدة الثالثة-

أ- إذا انحصر الورثة في صنف واحد كالأبناء فقط، والبنات فقط، والإخوة الأشقاء فقط، والإخوة من الأب فقط، والإخوة من الأم فقط، أو أبناء فقط، أو بنات الإبن فقط:
يكون عدد الورثة أصل المسألة، لأن ملكية التركة تقتصر علـيهم تعصـيبا، كمـا في البنين أو أبناء الإبن والإخوة من غير الأم، أو فرضا ورداً كما في البنات، والأخـوات، وبنات الإبن. وتوزع عليهم بالتسوية.

الورثة:	(٥) ابناء	أصل المسالة (٥)
الفروض:	ك تعصيباً	
الأسهم:	لكل واحد منهم سهم.	

الورثة: (٨) بنات أصل المسألة (٨)
الفروض: ك فرضا ورداً
الأسهم: لكل واحدة سهم

الورثة: (٦) بنات ابن أصل المسألة (٦)
الفروض: ك فرضا ورداً
الأسهم: لكل واحدة سهم

الورثة: (٤) اخوة من الأم أصل المسألة (٤)
الفروض: ك فرضا ورداً
الأسهم: لكل واحد سهم

ب- إذا انحصرت الورثة في ذكور واناث معاً وكان جميعهم من درجة قرابة واحدة:[1]
يكون عددهم بعد اعتبار كل ذكر انثيين أصل المسألة، وتوزع عليهم التركة وفق قاعدة "للذكر مثل حظ الأنثيين".

الورثة: (٥) بنات (٥) بنين أصل المسألة (١٥)
الفروض: ك (للذكر مثل حظ الأنثيين)
الأسهم: لكل ذكر سهمان ولكل أنثى سهم واحد

الورثة: (٣) ابناء الإبن (٤) بنات الإبن اصل المسألة (١٠)
الفروض: ك (للذكر مثل حظ الأنثيين)
الأسهم: لكل ذكر سهمان ولكل انثى سهم واحد

الورثة: أخت ش أخ ش اصل المسألة (٣)
الفروض: ك (للذكر مثل حظ الأنثيين)
الأسهم: للأخ سهمان وللأخت سهم واحد

الورثة: (٤) اخوة من الأب، (٣) اخوات من الأب أصل المسألة (١١)
الفروض: ك (للذكر مثل حظ الأنثيين)
الأسهم: لكل ذكر سهمان ولكل انثى سهم واحد

---

[1] بشرط أن تصبح الإناث عصبات (أي بالذكور) فهذه القاعدة لا تطبق على الإخوة والأخوات من الأم مثلا لعدم صيرورة الإناث عصبات بالذكور.

المبحث الثاني
العول[1] وأصول المسائل الصالحة له

قد يزيد عدد مجموع الأسهم المستحقة للورثة على عدد المضاعف المشترك الأصغر لمقامات الكسور، التي تمثل نسب حصص الورثة. وفي هذه الحالة يضطر القاضي إلى ان يعتبر هذا المجموع أصلا للمسألة، بدلاً من المضاعف المشترك الأصغر.[2]

وبذلك يشمل النقص نصيب كل وارث حسب نسبة حصته. وهذه العملية أشبه بالمحاسبة حين تكون الديون أكثر مما يملكه المدين لوفاءها، فيُعطى لكل دائن أقل مما يستحقه في ضوء نسبة دينه إلى مجموعة الديون.

وتعرف عادة هذه الزيادة لمجموع الأسهم على أصل المسألة بعد توحيد مقامات الكسور وإيجاد مضاعف مشترك أصغر لها. فعندئذ قد يظهر البسط اكبر من المقام، فيُعتبر البسط- دون المقام- أصلا للمسألة، وهذه العملية يُطلق عليها اسم "العول".[3]

---

[1] في الخرشي (٢١٠/٤): "العول بفتح العين واسكان الواو وهو إذا ضاق المال عن سهام أصل الفروض تُعال المسألة أي تُرفع سهامها ليدخل النقص على كل واحد بقدر فرضه (أي نسبة فرضه)، لأن كل واحد يأخذ فرضه بتمامه إذا انفرد، فإن ضاق المال وجب ان يُقسموا على قدر الحقوق كأصحاب الديون والوصايا".

[2] الإستعراض المعتاد للعول والرد هو ان يتعاقبا بأن يعقب أحدهما الآخر مباشرة، لأن مضمون كل واحد هو عكس مضمون الآخر، ولكن آثرنا بيان أحكام العول قبل تصحيح المسائل، لأن المسألة تُصحح مع عولها إذا كان فيها عول. لذا من المفيد معرفة العول قبل البدء ببيان قوعد وأحكام تصحيح المسائل.

[3] لم يصادف في عهد الرسالة، ولا في خلافة ابي بكر ان تحدث مسألة ميراثية يكون فيها العول. وانما وقعت في خلافة عمر بن الخطاب، حين عُرضت مسألة كانت الورثة فيها منحصرة في زوج وأختين من غير الأم. ومن المعلوم أن نصيب الزوج هنا ١/٦ ونصيب الأختين ٢/٣ وبذلك تكون الأسهم المستحقة أكثر من أصل المسألة (٦).

فلما شاور اصحاب الرسولﷺ فأشار عليه عباس بن عبدالمطلب وعلي بن ابي طالب أو زيد بن ثابت على اختلاف الروايات، بالعمل بالعول قياسا على محاصلة الدائنين، فمن مات وترك ما قيمة ستة آلاف دينار ولرجل عليه ثلاثة آلاف، ولآخر أربعة آلاف، أليس يُجعل المال سبعة أجزاء؟ فقضى عمر بالعول واستقر على هذا القضاء جمهور الصحابة والتابعين، وجمهور الأئمة والمجتهدين، وعارض لبن عباس العمل بالعول فقال: يُقدم ما قدّمه الله (وهو من لا يرث إلا بالفرض كالزوجين، والأم، والأخ من

وقد ثبت باستقراء الفقهاء ان هذه الظاهرة لا تحدث إلا في ثلاثة أصول فقط، وهـي (٦، ١٢، ٢٤) من اصول الثمانية التي هي عبارة عـن السـبعة الآتيـة (٢، ٣، ٤، ٦، ٨، ١٢، ٢٤) زائد عدد الورثة في الحالات التي يكون عددهم أصل المسألة، كما سبق ذلـك مفصـلا في المسائل.

الأصول التي يجري فيها العول:

أولا- العدد (٦) ويجري فيه العول أربع مرات:

أ- ٦ -٧

الورثة: زوج (٢) اخت ش

الفروض: ١/٢ ٢/٣ (١/٢+ ٢/٣ =٧/٦)

اصل المسألة (٦) ومجموع الأسهم (٧).

فيكون للزوج ٣/٧ بدلا من ٣/٦، وللأختين ٤/٧ بدلا من ٤/٦.

ب- ٦- ٨

الورثة: زوج (٢) اخت ش أم

الفروض: ١/٢ ٢/٣ ١/٦

الأسهم: (١/٢+ ٢/٣ + ١/٦ = (٣+٤+١)/٦ = ٨/٦) أصل المسـألة ٦ والأسهم ٨.

فيكون للزوج ٣/٨ بدلا من ٣/٦، وللأخـتين ٤/٨ بـدلا مـن ٤/٦، ولـلأم ١/٨ بدلا عن ١/٦.

ج- ٦- ٩

الورثة : زوج (٢) أخت ش أم أخت من الأم

الفروض: ١/٢ ٢/٣ ١/٦ ١/٦

الأسهم: (١/٢ +٢/٣ +١/٦ +١/٦ = (٣+٤+١+١)/٦ =٩/٦)

الأم، والجدة). ويؤخر من أخر الله (وهو من يرث بـالفرض تـارة وبالتعصـيب أخـرى كالبنـات، وبنـات الإبن، والأخوات من غير الأم). فكلّ من الفريق الأول يأخذ نصيبه كاملا، والنقص يكون مـن نصـيب مـن يكـون مـن الفريـق الثـاني. (ينظـر المحلـى ٩/٢٦٢- ٢٦٤). وأخـذ بهـذا الـرأي فقهـاء الجعفريـة والظاهرية.

أصل المسألة (٦) والأسهم (٩)، فللزوج ٩/٣، وللأختين ٩/٤، ولـلأم ٩/١، وللأخت من الأم ٩/١.

د- ٦- ١٠

الورثة: زوج (٢) أخت من الأب ام (٢) أخ من الأم

الفروض: ٢/١ ٣/٢ ٦/١ ٣/١

الأسهم: (٢/١+ ٣/٢+ ٦/١+ ٣/٢ (٣+٤+١+٢)/٦ = ٦/١٠)

أصل المسألة (٦) والأسهم (١٠)، فيكون للـزوج ١٠/٣، وللأخـتين ١٠/٤، وللأم ١٠/١، وللأخوين ١٠/٢.

ثانيا: العدد (١٢) ويجري فيه العول ثلاث مرات:

أ- ١٢- ١٣

الورثة: زوجة (٤) اخت ش أم

الفروض: ٤/١ ٣/٢ ٦/١

الأسهم: (٤/١+ ٣/٢+ ٦/١ =(٣+٨+٢)/١٢ -١٣/١٢)

اصـل المسـألة (١٢) والأسـهم (١٣)، فيكـون للزوجـة ١٣/٣، وللأخـوات ١٣/٨، وللأم ١٣/٢.

ب- ١٢- ١٥

الورثة: زوجة (٢) أخت من الأب أم أخ من الأم

الفروض: ٤/١ ٣/٢ ٦/١ ٦/١

الأسهم: (٤/١+ ٣/٢+ ٦/١+ ٦/١ -(٣+٨+٢+٢)/١٢- ١٥/١٢)

أصل المسـألة (١٢) والأسـهم (١٥)، فيكـون للزوجـة (١٥/٣)، وللأخـتين (١٥/٨)، وللأم (١٥/٢)، وللأخ (١٥/٢).

ج- ١٢- ١٧

الورثة: زوجة (٤) أخت من الأب أم (٢) أخ من الأم

الفروض: ٤/١ ٣/٢ ٦/١ ٣/١

الأسهم: (٤/١+ ٣/٢+ ٦/١+ ٣/١- (٣+٨+٢+٤)/١٢- ١٧/١٢)

أصل المسألة (١٢) والأسـهم (١٧)، فيكـون للزوجـة (٣/١٧)، وللأخـوات (٨/١٧)، وللأم (٢/١٧)، وللأخوة (٤/١٧).

ثالثا: العدد (٢٤) ويجري فيه العول مرة واحدة
(٢٤-٢٧)

الورثة:	أب	أم	(٢) بنت	زوجة	المضاعف المشترك
الفروض:	١/٦	١/٦	٢/٣	١/٨	الأصغر (٢٤)

الأسهم: (١/٦ +١/٦ +٢/٣ +١/٨= (٤+٤+١٦+٣)/٢٤= ٢٧/٢٤)

أصل المسألة (٢٤) والأسهم (٢٧)، فيكون للأب (٤/٢٧)، ولـلأم(٤/٢٧)، وللبنات (١٦/٢٧)، وللزوجة(٣/٢٧).

الفقه الجعفري:

فقهاء الجعفرية أخذوا برأي ابن عباس ولا يوجد لديهم العول، بل قالوا: يُقدم مـا قدمـه الله ويؤخر ما أخره الله، كما أشرنا إلى تفصيل ذلك في الهامش.

ثم ان أكثر المسائل التي ذكرناها: الأم فيها تحجب الإخوة والأخوات، لأنهـا مـن المرتبـة الأولى، وبذلك لا يُتصور فيها نقص الأسهم المستحقة.

وأرى أن رأي الجمهور افقه وأقرب إلى العدالة، لأن الرد عندهم يشمل الكـل-باسـتثناء الزوجين- كذلك النقص يجب أن يشمل الكل.

الفصل الثاني
تصحيح المسائل والرد

تصحيح مسائل الميراث وعملية الرد فيها موضوعان مهمان، فنخصص لكل منهما مبحثا مستقلا.

المبحث الأول
تصحيح المسائل

تصحيح المسائل: يعني تعديلها بتبديل عدد الأسهم فيها بعدد أكبر بحيث يقبل نصيب كل صنف القسمة على أفراده بدون كسر وفق قواعد فقهية محددة.

والكسر إما أن يكون بالنسبة لصنف واحد من الورثة أو أكثر ولكل ضوابطه وأحكامه.

أولا- ان كان الإنكسار بالنسبة لصنف واحد يُتّبَع أصل من الأصول الآتية:

أ- إذا كان بين الأسهم والصنف تباين: بأن يكونا فرديين (أوليين)، أو كان أحدهما فرديا والآخر زوجيا: يُضرب عدد افراد الصنف في أصل المسألة أو بعولها ان كانت عائلة:

الورثة:	أب	أم	(٥) بنات	أصل المسألة (٦) وتصح	
الفروض:	٦/١	٦/١	٣/٢	من حاصل ضرب عدد	
الأسهم: قبل التصحيح	١	١	٤	البنات (٥×٦)	
بعد التصحيح	٥	٥	٢٠	-	٣٠

الورثة:	زوجة	أب	أم	(٣) بنات	اصل المسألة (٢٤)
الفروض:	٨/١	٦/١	٦/١	٣/٢	عالت إلى (٢٧)[1]
الأسهم: قبل التصحيح	٣	٤	٤	١٦	وصحت من حاصل
بعد التصحيح	٩	١٢	١٢	٤٨	ضرب عدد البنات فيها (٣×٢٧) = (٨١)

ب- إن كان بينهما توافق: يُضرب وفق[2] عدد الصنف في اصل المسألة أو مع عولها إن كانت عائلة:

الورثة:	جدة	(٤) اخوة لأم	أخ ش	أصل المسألة (٦) وتصح من
الفروض:	٦/١	٣/١	ق	حاصل ضرب نصف عدد
قبل التصحيح	١	٢	٣	الإخوة من الأم (٢×٦)=(١٢)
بعد التصحيح	٢	٤	٦	

الورثة:	زوجة	أم	أب	(٦) بنات	أصل المسألة(٢٤) عالت
الفروض:	٨/١	٦/١	٦/١	٣/٢	إلى (٢٧) وصحت من
قبل التصحيح	٣	٤	٤	١٦	حاصل ضرب وفق البنات
بعد التصحيح	٩	١٢	١٢	٤٨	فيها (٣×٢٧)=(٨١)[3]

ثانيا- إذا كان الإنكسار في اسهم صنفين من الورثة: قورنت أسهم كل صنف بعدده.

أ- فإن توافقا رُد الصنف إلى وفقه.[4]

ب- وإن لم يتوافقا تُرك الصنف على حاله.

---

[1] الأسهم المستحقة: (١/٨+ ١/٦+ ١/٦+ ٢/٣)= (٣+٤+٤+١٦)/٢٤= ٢٧/٢٤
فيعتبر البسط أصلا للمسألة بدلا من المقام.

[2] والمراد بالوفق هو خارج قسمة العدد على القاسم المشترك. وعدد الإخوة (٤) مع نصيبهم (٢) قبل التصحيح متوافقان في ان لهما قاسما مشتركا وهو العدد (٢) فوفق الإخوة (٤÷٢) يُضرب في أصل المسألة (٢×٦)= (١٢).

[3] الأسهم المستحقة: (١/٨+ ١/٦+ ١/٦+ ٢/٣)= (٣+٤+٤+١٦)/٢٤= ٢٧/٢٤
فيعتبر البسط (الأسهم المستحقة) أصلا للمسالة بدلا من المقام (المضاعف المشترك).

[4] فإن كانا متوافقين بالنصف بأن يقبل كلاهما القسمة على (٢) يرد الصنف الى نصفه، وان كانا متوافقين بالثلث بأن يقبلا القسمة على (٣) يرد الى ثلثه. وإن توافقا بالربع بأن يقبلا القسمة على (٤) يرد الى ربعه وهكذا...

ثم بعد المقارنة المذكورة قوبل كل صنف مع الآخر:

أ- فإن كانا متماثلين يُضرب أحدهما في أصل المسألة أو مع عولها ان كانت عائلة:

الورثة:	أم	(٦) اخوة من الأم	(١٢) اخت ش	أصل المسألة(٦)
الفروض:	٦/١	٣/١	٣/٢	عالت[1] إلى (٧)
قبل التصحيح:	١	٢	٤	وصحت من (٢١) [2]
بعد التصحيح	٣	٦	١٢	

الورثة:	ام	(٥) اخوة من الأم	(٥) اخوة من الأب	أصل المسألة (٦)[3]
الفروض:	٦/١	٣/١	ق	وصحت من حاصل
قبل التصحيح	١	٢	٣	ضرب احد الصنفين في
بعد التصحيح	٥	١٠	١٥	أصل المسألة (٥×٦)=٣٠

ب- وان تداخلا ضُرب أكثرهما في اصل المسألة أو بعولها ان كانت عائلة.

الورثة:	أم	(٨) اخوة من الأم	(٨) أخوات من الأب	أصل المسألة(٦)[4]
الفروض:	٦/١	٣/١	٣/٢	عالت إلى (٧)
				وصحت من حاصل ضرب
قبل التصحيح	١	٢	٤	الصنف الأكثر عددا في
بعد التصحيح	٤	٨	١٦	المسألة (٤×٧)= ٢٨

الورثة:	زوج	(٥)اخوة من الأم	(١٠)اخوة ش	أصل المسألة (٦)
الفروض:	٢/١	٣/١	ق	وتصح من ضرب الصنف
قبل التصحيح	٣	٢	١	الأكبر عددا في المسألة

---

[1] الأسهم المستحقة: (٦/١+ ٣/١+ ٣/٢)= (١+٢+٤)/٦= (٦/٧) البسط أصلا، ورد الإخوة من الأم الى النصف (٣) لتوافقهم مع عدد أسهم قبل التصحيح في النصف. ورد عدد الأخوات الى ربعهن(٣) لوجود التوافق بالربع مع اسهمهن.

[2] وهو حاصل ضرب أحد الصنفين المتماثلين بعد المقارنة والرد في المسألة العائلة.

[3] ولوجود التباين بين كل صنف وبين عدد اسهمه ترك الصنف على حاله. ولكون الصنفين متماثلين يضرب احدهما في اصل المسألة.

[4] الأسهم المستحقة (٦/١+ ٣/١+ ٣/٢)= (٦/٧) فيتعبر البسط أصلاً للمسألة بدلا من المقام، وبين عدد الإخوة وأسهمهم قبل التصحيح التوافق بالربع فأخذ ربعهن (٢). وبعد هذه العملية الذهنيةيصبح الصنفان متداخلين (٤، ٢) فيضرب اكبرهما في المسألة العائلة(٤×٧)=(٢٨) ومنه تصح المسألة.

بعد التصحيح	٣٠	٢٠	١٠	(٦×١٠) = ٦٠[1]

ج- وإن توافقا، ضُرب وفق احدهما في تمام الآخر، ثم الحاصل في المسألة أو مع عولهـا ان كانت عائلة.

الورثة:	أم	١٢ أخا من الأم	١٦ أختا ش	أصل المسألة(٦)
الفروض:	٦/١	٣/١	٣/٢	عالت الى(٧)
قبل التصحيح	١	٢	٤	وصحت من(٨٤)[2]
بعد التصحيح	١٢	٢٤	٤٨	

الورثة:	(٢) زوجة	(٨) اخوة ش	أصل المسألة(٤)
الفروض:	٣/١	ق	وصحت من(٣٢)[3]
قبل التصحيح	١	٣	
بعد التصحيح	٨	٢٤	

لكل زوجة أربعة أسهم، ولكل أخ ثلاثة أسهم.

د- وان تباين الصنفان ضُرب أحدهما في الآخر ثم ضُرب الحاصل في المسألة بعولها ان كانت عائلة.

الورثة:	(٣) بنات الإبن	(٤) اخوة ش	أصل المسالة(٣)
الفروض:	٣/٢	ق	وصحت من (٣٦)[4]

---

[1] لوجود التباين بين كل صنف واسمه قبل التصحيح ترك الصنف على حالة وضرب اكبر هما عددا في أصل المسالة (٦×١٠)= (٦٠).

[2] الأسهم المستحقة (٦/١ +٣/١ +٣/٢ ٢)= (١+٢+٤)/٦= (٦/٧).
فيعتبر البسط أصلا من المقام بين الإخوة وأسهمهم قبل التصحيح التوافق بالنصف فأخذ نصفهم(٦) بين الأخوات وأسهمهن قبل التصحيح للتوافق بالربع، فأخذ ربعهن (٤) والعددان(٦، ٤) متوافقان بالنصف، فيُضرب نصف أحدهما في تمام الأخر، ثم يُضرب الحاصل في اصل المسألة العائلة (٢×٦) أو (٤×٣)= (١٢)، (١٢×٧)= (٨٤).

[3] وللتباين بين كل صنف وأسهمه قبل التصحيح ترك الصنفان على حالهما وللتوافق بينهما بالنصف ضرب نصف أحدهما في الأخر ثم الحاصل في المسألة (١×٨) أو (٢×٤)= (٨). (٨×٤)= (٣٢) ومنه صحت.

[4] ترك الصنفان على حالهما للتباين بينهما وبين أسهمهما وضرب أحدهما في تمام الأخر ثم الحاصل في المسالة (٣×٤)=(١٢)، (١٢×٣)= (٣٦).

قبل التصحيح	٢	١
بعد التصحيح	٢٤	١٢

لكل بنت ابن ثمانية أسهم ولكل اخ ثلاثة أسهم.

ثالثا: يقاس الإنكسار على ثلاثة اصناف أو أربعة أصناف على الإنكسار على صنفين وتطبق نفس القواعد السابقة.

رابعا: لمعرفة نصيب كل وارث من المسألة المصححة يُضرب نصيبه من المسألة قبل التصحيح فيما ضُرب فيها، فالحاصل- نصيبه من المسألة بعد التصحيح.

المبحث الثاني

الرد في المسائل

الرد: هو ضد العول، لأنه عبارة عن النقص في عدد الأسهم والزيادة في مقدارها لصرف الزائد عن الفروض إلى من يستحق هذه الزيادة، كل بالنسبة إلى فرضه إذا لم يوجد وارث عاصب يستحق الباقي.

والرد من المسائل الميراثية الخلافية، لعدم وجود نص ظاهر يُقرر مصير ما تبقّى من التركة بعد الأسهم المستحقة.[1]

---

[1] قال البعض– وعلى رأسهم عثمان بن عفان: ان الزيادة تُرد على الورثة بما فيهم الزوجان، لأنهما مشمولان بالنقص في حال العول، فيجب ان تشملهما الزيادة بمقتضى قاعدة "الغنم بالغرم".

وقال البعض–ومن أبرزهم الفقيه الصحابي المشهور والمعروف بتضلعه في علم الميراث زيد بن ثابت: الزيادة لبيت المال (الخزانة العامة) لأن كل وارث يأخذ استحقاقه المحدد، فلا يستحق نصيبا آخر زائداً على استحقاقه. وبه قال فقهاء المالكية والشافعية إذا كان بيت المال منتظما بأن تُصرف موارده في سبيل المصالح العامة.

وقال البعض–وفي مقدمتهم علي بن أبي طالب: تُرد الزيادة على الورثة–باستثناء الزوجين– كل بالنسبة الى فرضه، لأن الأقارب من ذوي الأرحام لا يرثون إلا في حالة عدم وجود وارث من أصحاب الفروض والعصبات، وان بيت المال وارث لمن لا وارث له.

وأفتى بعض المتأخرين من فقهاء الحنفية بالرد على الزوجين إذا مات احدهما عن الآخر ولم يوجد له وارث.

قال ابن عابدين (رد المحتار على الدر المختار وشرح تنوير الأبصار ٧٨٨/٦): "قال في القضية: ويفتى بالرد على الزوجين في زماننا لفساد بيت المال".

وفي الزيلعي عن النهاية: "ما فضُل عن فرض أحد الزوجين يُرد عليه. وكذا البنت والإبن من الرضاع. وقال في المستصفى: والفتوى اليوم بالرد على الزوجين.

وقال المحقق احمد بن يحيى بن سعد التفتازاني: "أفتى كثير من مشايخنا بالرد عليهما إذا لم يكن من الأقارب سواهما".

وفي المستصفى: "والفتوى اليوم على الرد على الزوجين عند عدم المستحق".

ويبدو مما ذكرنا ان الخلاف قائم بالنسبة الى بيت المال (الخزانة العامة) وأحد الزوجين: "ايهما أحق بالباقي؟ فهؤلاء يرون تقديم احد الزوجين على الدولة التي هي وارثة لمن لا وارث له".

وأخذ بهذا الإتجاه المشرع المصري في المادة (٣٠) من قانون الميراث التي نصها: "إذا لم تستغرق الفروض التركة ولم توجد عصبة من النسب، رُد الباقي على غير الزوجين من اصحاب الفروض بنسبة

وقد استقر رأي جمهور فقهاء الشريعة: على ان الزيادة تُرد على أصحاب الفروض إذا لم يوجد عاصب-كل بالنسبة إلى فرضه، باستثناء الزوجين فهما لا يستحقان شيئا سوى ما حُدد لهما من النصف أو الربع أو الثمن.

ولكن روح الشريعة الإسلامية والعدالة تدعوان إلى الأخذ برأي سيدنا عثمان بن عفان وهو: الرد على أصحاب الفروض بضمنهم الزوجان، لأن كلا منهما يُساهم في تكوين التركة، فليس من العدل والإنصاف حرمان الشخص من مال ساهم فيه فعليا بصورة مباشرة أو غير مباشرة، ولأن المسألة الميراثية لو عالت لدخل النقص على الكل وإذا فضل شيء يجب ان تكون الزيادة للكل، لأن الغنم بالغرم[1].

شروط الرد:

يُشترط للأخذ بالرد الشروط الآتية:

١- وجود وارث صاحب فرض.

٢- بقاء فائض من التركة بعد نصيب اصحاب الفروض.

٣- عدم وجود الوارث العاصب وإلا فيأخذ الباقي.

اصول تطبيق الرد:

اصول تطبيق الرد تختلف بوجود وعدم وجود احد الزوجين.

اصول تطبيق الرد في حالة عدم وجود احد الزوجين:

١- إذا كان الوارث واحدا فإنه يستحق كل التركة فرضا ورداً.

٢- وإذا كان أكثر من واحد وكان الجميع من صنف واحد، يرثون التركة كلها فرضا ورداً بالسوية.

فروضهم. ويُرد باقي التركة الى أحد الزوجين إذا لم يوجد عصبة من النسب أو أحد من أصحاب الفروض النسبية أو أحد من ذوي الأرحام".

[1] وقال فقهاء الجعفرية (ايضاح الفوائد ٤/٢٣٧): "للزوج مع الولد ذكرا كان أو انثى أو ولد الولد وإن نزل كذلك الربع، ومع عدمهم أُجمع النصف مع الجميع الورّاث والباقي للقريب إن وجد، فإن فقد فلولي النعمة، فإن فقد فلضامن الجريرة، فإن فقد قيل يُرد عليه وقيل يكون للإمام سواء دخل أو لا، وللزوجة مع الولد أو ولد الولد وإن نزل الثمن، ومع عدمه الربع مع جميع الورّاث، والباقي لمن كان من ذوي النسب، فإن فقدوا أجمع فلولي النعمة، فإن فقد فللضامن، فإن فقد قيل يُرد عليها وقيل للإمام، وقيل يُرد حال الغيبة سواء دخل أو لا".

الورثة: (٥) بنات

الفروض: (٢/٣) فرضا + ق رداً

الورثة: (٦) اخوة من الأم

الفروض: (١/٣) فرضا+ ق رداً

الورثة: (٢) جدة (أم الأم، وأم الأب) [1]

الفروض: (١/٦) فرضا + ق رداً

٣- وإن كانوا أكثر من صنف واحد، تُرد الزيادة على الجميع كل بالنسبة إلى فرضه، فإن كان استحقاقه النصف فله نصف الباقي، وان كان الثلث فله ثلث الباقي، وإن كان السدس فله سدس الباقي وهكذا.

وفي الصورة الثانية: يعتبر مجموع الأسهم المستحقة أصلاً للمسألة، أي يُحول بسط الكسور الفرضية إلى أصل المسألة بدلاً من مقامها.

الورثة: أم أخت ش

الفروض: ١/٣ ١/٢

الأسهم المستحقة (١/٣+ ١/٢)= (٢/٦+ ٣/٦)= (٥/٦)

المسألة (٦) ردت إلى (٥) للأم سهمان وللأخت ثلاثة أسهم.

الورثة: أم بنت الأبن

الفروض: ١/٦ ١/٢

الأسهم المستحقة: (١/٦+ ١/٢)= (١/٦+ ٣/٦)= ٤/٦

المسألة (٦) ردت إلى (٤) للأم سهم واحد ولبنت الإبن ثلاثة أسهم.

الورثة: أخت ش أخت من الأم

الفروض: ١/٢ ١/٦

الأسهم المستحقة: (١/٢+ ١/٦)= (٣/٦+١/٦)= (٤/٦)

المسألة (٦) ردت إلى (٤) للأخت من الأم سهم واحد، وللأخت ش. ثلاثة أسهم.

---

[1] عند الجعفرية للأمية ١/٣ التركة والباقي للأبوية.

أصول تطبيق الرد في حالة وجود أحد الزوجين:

أولا- يُعطى من لا يُرد عليه فرضه من مقامه، فما يبقى يكون لمن يُرد عليه فرضا ورداً إذا كان واحدا.

الورثة:	زوجة	أخت ش
الفروض:	١/٤	ق فرضا ورداً
الأسهم:	١	٣

الورثة:	زوج	أم
الفروض:	١/٢	ق فرضا وردا
الأسهم:	١	١

ثانيا- إن كان من يُرد عليه أكثر من واحد وكان الجميع من صنف واحد:

أ- فإن قبل الباقي على من يُرد عليه فذاك ظاهر:

الورثة:	زوج	(٣) بنات
الفروض:	١/٤	ق
الأسهم:	١	٣

ب- وإن لم يقبل الباقي القسمة عليهم:

١- فإن كان بين الباقي وعدد الصنف توافق ضرب وفق عددهم في مقام فرض من لا يُرد عليه.

الورثة:	زوج	(٦) بنات	عدد البنات (٦) مع الباقي (٣)
الفروض:	١/٤	ق	متوافقان بالثلث يضرب ثلث عددهن
قبل التصحيح	١	٣	في مقام فرض الزوج (٢×٤)=(٨)
بعد التصحيح:	٢	٦	

٢- وإن كان بينهما تباين ضُرب تمام عدد الصنف في مقام فرض من لا يرد عليه.

الورثة:	زوجة	(٥) بنات	عدد البنات(٥) مع الباقي(٧)
الفروض:	١/٨	ق	متباينان(فرديان) يضرب عددهن
قبل التصحيح	١	٧	في مقام فرض الزوجة (٥×٨)=(٤٠)
بعد التصحيح:	٥	٣٥	لكل واحدة (٧)

ثالثا: إذا كان من يرد عليه أكثر من صنف واحد يؤخذ بالضوابط الآتية:

١- تُفترض مسألة مأخوذة من مقام نصيب من لا يرد عليه (أحد الزوجين).

٢- يُعتبر الباقي بعد اخراج نصيب من لا يرد عليه تركة مستقلة، كما يُعتبر من يرد عليهم ورثة مستقلين عمن لا يُرد عليه.

٣- تُفترض مسألة ثانية وهي المضاعف المشترك لمقام فروض من يُرد عليهم.

٣- تُوحد المسألتان المفترضتان بضرب الثانية (بعد الرد) في الأولى وحاصل الضرب يكون المسألة الجامعة تُعد أساساً لتوزيع التركة على الكل.

لمعرفة نصيب كل وارث من المسألة الجامعة تطبق القاعدتان الآتيتان:

أ- من لا يرد عليه يأخذ نصيبه من المسألة الأولى مضروبا فيما ضُرب فيها.

ب- من يرد عليه يأخذ نصيبه من المسألة الثانية مضروبا في الباقي من نصيب من لا يُرد عليه في المسألة الأولى.

وقد استنتجت هذه الضوابط والقواعد من التطبيقات الفقهية.

التطبيقات:

الورثة: زوجة أم بنت الأبن

الفروض: ١/٨ ١/٦ ١/٢

المسألة الأولى (٨) مقام نصيب الزوجة.

٨-١= ٧ الباقي بعد نصيب الزوجة.

المسألة الثانية (٦) المضاعف المشترك أم بنت الإبن

يبقى سهمان يرد عليهما بنفس النسبة[١] ١/٦ ١/٢

للأم ربعهما ولبنت الإبن ثلاثة أرباع، فترد من (٦) إلى (٤)

المسألة الجامعة (٤×٨)= (٣٢)

نصيب الزوجة من الجامعة (١×٤)= (٤)

نصيب الأم من الجامعة (١×٧)= (٧)

نصيب بنت الإبن من الجامعة (٣×٧)= (٢١)

المجموع: = ٣٢

---

[١] نسبة نصيب الأم من الأسهم المستحقة ١/٤ ونسبة بنت الإبن ٣/٤، لأن الأسهم المستحقةأربعة للأم سهم واحد ولبنت الإبن ثلاثة أسهم.

الورثة: زوجة أخت ش الأخت لأب

الفروض: ١/٤ ١/٢ ١/٦

المسألة الأولى (٤)

٤-١= ٣ الباقي بعد نصيب الزوجة الأخت ش الأخت لأب

١/٢ ١/٦

المسألة الثانية (٦)

يبقى سهمان يرد عليهما بنفس النسبة للأخت ش. ثلاثة أرباع وللأخ لأب ربعهما، فترد من (٦) إلى (٤).

المسألة الجامعة (٤×٤)= ١٦

نصيب الزوجة (١×٤)= ٤

نصيب الأخت ش (٣×٣)= ٩

نصيب الأخت لأب (١×٣)= ٣

المجموع: = ١٦

الورثة: الزوج بنت بنت الإبن

١/٤ ١/٢ ١/٦

المسألة الأولى (٤) ٤-١= ٣ الباقي بعد نصيب الزوج

المسألة الثانية (٦) بنت بنت الإبن

١/٣ ١/٦

يبقى سهمان يردان عليهما بنفس النسبة للبنت ٣/٤ ولبنت الإبن ١/٤ فترد المسألى من (٦) إلى (٤).

المسألة الجامعة (٤×٤)= ١٦

للزوجة ١×٤ =٤

للبنت ٣×٣ = ٩

لبنت الإبن ١×٣ = ٣

المجموع = ١٦

الورثة: الزوجة جدة أخ من الأم

١/٢ ١/٦ ١/٦

المسألة الأولى (٢)   ٢-١= ١ الباقي بعد نصيب الزوج

المسألة الثانية (٦)   جدة   أخ لأم
                        ٦/١   ٦/١

يبقى أربعة أسهم يرد عليهما بنفس النسبة فترد من (٦) إلى (٢).

المسألة الجامعة	(٢×٢) = ٤
للزوج	(١×٢) = ٢
للجدة	(١×١) = ١
للأخ من الأم	(١×١) = ١
المجموع	= ٤

الرد في الفقه الجعفري:

أ- يتفق هذا الفقه مع اتجاه الجمهور فيما يتعلق بالرد في أمور منها:

١- شروط الرد.

٢- حرمان الزوجين من الزيادة بعد أخذ كل صاحب فرض فرضه والقول بعدم جواز اشتراكهما مع سائر أصحاب الفروض في رد هذه الزيادة بنسب فروضهم.

ب- ويختلف الفقهان (الجعفري والسني) في أمور منها:

١- ان نطاق الرد في الفقه الجعفري أوسع بكثير من نطاقه في الفقه السني لأسباب كثيرة، منها الأخذ بنظام المراتب والقول بأن كل من ينتمي إلى المرتبة الأولى ذكرا كان أو أنثى، واحداً أو أكثر، يحجب كل من يكون في المرتبة الثانية والثالثة، فيأخذ التركة كلها فرضا ورداً، إذا لم يكن معه وارث آخر في نفس المرتبة غير محجوب، وكذلك يُعامل من ينتمي إلى المرتبة الثانية بالنسبة لكل من يكون في المرتبة الثالثة.

وعلى سبيل المثل: من مات عن أم أو ابن بنت أو بنت بنت، لا يرث معها أحد من الأجداد والجدات والإخوة والأخوات والأعمام وغيرهم.

وهذا الاتجاه يتعارض في رأينا مع مقاصد انتقال التركة إلى الورثة منها تفتيت ثروة المتوفى وتوزيعها على اكبر عدد ممكن للقضاء على النظام الطبقي الذي يرفضه الإسلام.

٢- لا يشمل الرد الأم إذا اجتمع معها عدد من الإخوة والأخوات رغم كونهم محجوبين من الميراث، فاذا مات شخص عن أم وأب وبنت وعدد من الإخوة والأخوات لأبوين أو لأب،[١] فالرد يكون على البنت والأب ولا يشمل الأم لتحديد نصيبها بالسدس في هذه الحالة، كما جاء في قوله تعالى ﴿فَإِنْ كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلِأُمِّهِ السُّدُسُ﴾[٢] حيث حدد القران الكريم نصيبها بالسدس في حالة اجتماع الإخوة والأخوات معها ولا تستحق الزيادة بالرد.

ومن مات عن أب وام وبنت ابن، تُردّ الزيادة على بنت الابن فقط، على اساس انها تحل محله، فكأن الأبوين اجتمعا مع الابن نفسه.

٣- إذا اجتمعت الأخت لأب مع الأخت الشقيقة الميراث كله للشقيقة فرضا وردا، على اساس انها من الدرجة الأولى في المرتبة الثانية، والأخت لأب من الدرجة الثانية في نفس المرتبة.

٤- لا يقتصر الاجحاف بحق الزوجة في حرمانها من الرد، بل ذهب هذا الفقه إلى أكثر من ذلك، فحرّمها من العقار، إذا توفي زوجها وهي لم تنجب ولدا منه،[٣] وعللوا هذا الحرمان الذي قد يشمل الزوج ايضا[٤] بالخوف من ادخال المرأة على الورثة من يكرهونه.

وهذه التفرقة بين ذات الولد وغيرها مخالفة لعموم نصوص القرآن واطلاقها، منها قوله تعالى ﴿وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُنَّ وَلَدٌ فَإِنْ كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ فَلَكُمُ الرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْنَ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِينَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ وَلَهُنَّ الرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْتُمْ إِنْ

---

١ لأن الإخوة والأخوات لأم ليس لهم تأثير على نصيب الأم فلا يحولون نصيبها من الثلث الى السدس.

٢ سورة النساء/ ١١.

٣ الروضة واللمعة للعاملي ٣٢٦/٢: (وتُمنع الزوجة غير ذات الولد من الأرض مطلقا –سواء كانت مشغولة بالبناء أو لا– عينا وقيمة، وتُمنع من آلات البناء من الأخشاب والأبواب (والأبنية) ومن الأحجار والطوب وغيرها عينا لا قيمة، فيُقوم البناء في ارض المتوفى إليه عن الأرض الباقية فيها الى ان تفنى بغير عوض على الأظهر وتُعطى من القيمة الربع أو الثمن).

وفي ايضاح الفوائد ٢١٦/٤: (ولو اجتمع الإخوة المتفرقون فللمتقرب بالأم السدس إن كان واحدا والثلثان إن كان أكثر بالسوية، والباقي للإخوة من الأبوين، للذكر ضعف الأنثى وسقط المتقرب بالأب).

٤ في المرجع السابق: "واعلم ان النصوص خالية عن الفرق بين الزوجين بل يدل على اشتراكهما في الحرمان".

لَمْ يَكُنْ لَكُمْ وَلَدٌ فَإِنْ كَانَ لَكُمْ وَلَدٌ فَلَهُنَّ الثُّمُنُ مِمَّا تَرَكْتُمْ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ تُوصُونَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ﴾[1].

فهذه النصوص وردت عامة ومطلقة فلم تفرق بين ذات الولد وغيرها في الميراث، ولم يثبت دليل شرعي من القرآن والسنة النبوية على تخصيصها أو تقييدها والتمييز بين ذات الولد وغيرها.

وهناك صور كثيرة لتطبيقات الرد في فقه الإمامية فمن يطلب المزيد فعليه مراجعة المراجع المعتمدة في هذا الفقه[2].

أدلة عدم مشروعية التفرقة بين الزوجين وسائر اصحاب الفروض:

ما ذكرناه من القواعد والتطبيقات بالنسبة لعدم استحقاق الزوجين للزيادة بالرد كان مبنياً على اراء واجتهادات كثير من الفقهاء، ولكن في الواقع والحقيقة ان هذه التفرقة في الرد للزيادة على الورثة بين الزوجين وغيرهما من اصحاب الفروض غير مشروعة للادلة الآتية:

١- عموم واطلاق نصوص القران الكريم والسنة النبوية التي تنص على سببية كل من الزوجية والقرابة للميراث بصورة عامة ومطلقة، دون الاشارة إلى التمييز بين هذين السببين لا من حيث القوة ولا من حيث الاثار، ومن القواعد المتفق عليها في علم الاصول انه لا يجوز تخصيص النص العام ولا تقييد المطلق بالاجتهاد، ما لم يستند هذا الاجتهاد إلى نص صريح ثابت أو مصلحة عامة أو ضرورة، ولم يثبت لحد الان واحد من هذه الامور الثلاثة.

٢- القاعدة الشرعية الثابتة على لسان رسول الله ﷺ (الغنم بالغرم) التي اجمع فقهاء الإسلام على العمل بمقتضاها، تتطلب عدم التمييز بين الورثة إلا فيما نص عليه القران الكريم أو السنة النبوية أو الاجماع، ولم يثبت كل من ذلك فيما يتعلق بالتمييز بين الزوجين وغيرهما في الرد، فمادام الزوجان مشمولين بالنقص في العول ويتحملان الغرم فيه، فيجب ان يكونا مشمولين بالزيادة في الرد.

---

[1] سورة النساء/ ١٢.

[2] منها: ايضاح الفوائد في شرح القواعد للحلي ٢١٢/٤ وما بعدها، كتاب الخلاف في الفقه لشيخ الطائفة محمد بن الحسن الطوسي ٥٠/٢ وما بعدها، الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية للعاملي ٢٩٥/٢ وما بعدها.

٣- ان التركة التي توزّع على الورثة إنما هي ثمرة جهود كل من الزوجين وهما كوّناها دون بقية الورثة، فهما كانا شريكين في الحياة في السراء والضراء، وهما تعاونا فيما بينهما في تكوين ثروة أصبحت تركة للمتوفى أو المتوفاة، فبأي وجه يفضل غيرهما عليهما فيما هو من ثمرة جهودهما؟!

٤- إنّ أقوى صلة بين انسان وآخر في الحياة العملية هي صلة الزواج في الحياة الزوجية، فهي اقوى بكثير من صلة القرابة، فكيف تُقطع هذه الصلة بعد الممات بدون وجود نص شرعي من القران أو السنة يدل على ذلك .

٥- ان العون الذي يُقدمه احد الزوجين للاخر في مرض موته وفي تحمل اعباء معاناة الامراض المزمنة، التي أُصيب بها المتوفى أو المتوفاة قبل الوفاة، لا يقدمها اي قريب اخر مهما كانت درجة قرابته قوية.

ان هذه الادلة وغيرها من الادلة النقلية والعقلية لبرهان قاطع على خطأ اجتهاد من قال بحرمان الزوجين من الرد.

ولهذا بل ولأكثر من هذا أدعو المشرّعين في البلاد الإسلامية الأخذ برأي من قال بعدم التفرقة بين الزوجين وسائر أصحاب الفروض في الاستحقاق للزيادة بالرد، وفي مقدمة هؤلاء الخليفة الثالث من الخلفاء الراشدين عثمان بن عفان ﷺ.

الفصل الثالث
التخارج والتناسخ

ويُقسم هذا الموضوع إلى مبحثين:
يُخصص الأول للتخارج والثاني للتناسخ.

المبحث الأول
التخارج[1]

التخارج: هو عقد يتنازل بموجبه احد الورثة لشركائه في الميراث عن نصيبه مقابل عوض معلوم من ماله الخاص أو من التركة.[2]

ويتميز هذا العقد بميزات منها:

١- لا يشترط لصحته ان تكون اعيان التركة معلومة للمتعاقدين ومعينة في العقد تعييناً تاماً.

٢- لا يكون عقد التخارج إلا من وارث لوارث آخر.

٣- لا يشترط تسجيله إذا كان محله عقاراً.

---

[1] ينظر في هذا الموضوع المراجع الآتية: فتح القدير ٤٣٩/٨ وما بعدها، حاشية الطحاوي ٣٥٩/٣ وما بعدها، حاشية السراجية ص٢٣٦، التركة والميراث للدكتور محمد يوسف موسى ص٣٧٢ وما بعدها.

[2] وعرّفه قانون التسجيل العقاري العراقي رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٠/ المادة ٢٤٦، بأنه: "يُقصد بالتخارج اتفاق جميع أو قسم من الورثة أو أصحاب حق الإنتقال على اخراج بعضهم من الميراث أو الإنتقال بعوض معلوم من التركة أو غيرها".

والمراد بحق الإنتقال، حق انتقال الأراضي الأميرية أو الزراعية التي رقبتها ملك الدولة، وحق استثمارها لمن يتولى الإستثمار، فهذا الحق ينتقل الى الورثة دون تفريق بين الذكر والأنثى، كما يأتي تفصيل ذلك في محله بإذن الله.

شروط التخارج:

يشترط لصحة التخارج توافر الشروط الآتية:-

١- التراضي: لا يجوز التخارج إلا بعد توافر التراضي التام لجميع أطرافه، وبوجه خاص بالنسبة للوارث الذي يخرج من التركة. فاذا وجد أي ضغط أو اكراه مادي أو ادبي بطل التخارج .

اما اخراج بعض الورثة كبنت المتوفى أو اخته أو زوجته دون مقابل أو مقابل بدل قليلٍ بدون رضاها التام، فإنه لا يجوز شرعاً ويكون التخارج باطلا، لان ذلك يُعد عودةً إلى الجاهلية الأولى التي كانت تحرم الأنثى من الميراث.

٢- ان لا تكون التركة مستغرقة بالديون قبل إيفائها، أو تعهد احد الورثة بالايفاء من ماله الخاص، أو تنازل الدائنين عن ديونهم، لان التركة رغم انتقال ملكيتها إلى الورثة بعد وفاة المورث، فان التصرف فيها يكون غير نافذ موقوفاً إذا كانت مدينة في حدود الدين.

٣- اهلية التعاقد لكل من اطراف التخارج.

مشروعية التخارج:

الدليل على مشروعية التخارج ما روي من ان تماضر زوجة عبدالرحمن بن عوف صالحوها على (٨٣) أو (٨٠)الف دينار أو (درهم) على اختلاف الروايات وكان له أربعة نسوة وكان نصيبها ربع الثمن أي ١/٣٢ سهما من التركة.

وإذا عُدَّ التخارج من عقد الصلح، فإن الدليل على مشروعيته هو قول الرسولﷺ: (كل صلح جائز بين المسلمين، إلا صلحا أحل حراما أو حرّم حلالا).[1] وإذا كُيف بأنه بيع فهو مشمول بقوله تعالى ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾[2].

---

[1] نصب الراية ١١٢/٤، سنن ابن ماجة ٧٨٨/٢.

[2] البقرة : ٢٧٥.

صور التخارج:

للتخارج بحسب طبيعته ثلاث صور:

الصورة الأولى: هي ان يتخارج وارث مع وارث آخر على ان يترك له نصيبه نظير مبلغ من ماله الخاص، ففي هذه الحالة تُقسم التركة على الورثة جميعا ويَؤول نصيب المتخارج إلى من التزم بدفع هذا المبلغ له من الورثة، لأنه في الواقع باع حصته نظير هذا البدل، فيكون له نصيبان، نصيبه من الميراث ونصيب المتخارج.

ومن تطبيقات هذه الصورة ما إذا مات شخص عن ابنة وثلاثة بنين وترك (٧٠) دونما من الأرض الزراعية غير الأميرية مثلا، فاتفق احد الأبناء مع البنت (اخته) على ان تتنازل له عن حصتها مقابل مبلغ يدفعه لها، ففي هذه الحالة يكون تقسيم التركة على الوجه الآتي:

أصل المسألة من (٧) عدد الورثة بعد اعتبار كل ذكر أنثيين.

٧٠÷ ٧ = ١٠ نصيب البنت

١٠×٢= ٢٠ نصيب كل ابن

ويكون للمتخارج له ٢٠+١٠=٣٠ دونماً.

الصورة الثانية: وهي أكثر صور التخارج وقوعا- هي ان يتفق أحد الورثة مع باقيهم على ان يترك حصته ويأخذ بدلها جزءا معينا من التركة كالسيارة أو الدار أو قطعة ارض أو نحو ذلك. ويكون باقي التركة للورثة الآخرين، فمتى تم هذا الإتفاق ملك المتخارج ذلك الجزء المعين لنفسه، ويُقسّم الباقي على الورثة بحسب نسبة حصصهم، بغض النظر عن الجزء الذي أخذ في التخارج، بل يُفترض ان المتخارج لم يكن من الورثة وان هذا الجزء لم يكن من التركة أصلا.

ومن تطبيقات هذه الصورة إذا ماتت امرأة عن زوج وابن وبنت وكانت التركة(٣٠) دونما من البستان، فتخارج الزوج مع الإبن والبنت على دار من التركة يأخذها لنفسه، فحينئذ يتملك الدار وتوزع الأرض على الإبن والبنت أثلاثاً، للإبن ثلثان وللبنت ثلث واحد.

الصورة الثالثة: هي ان يتخارج أحد الورثة مع الباقين على بدل يدفعونه له من غير التركة، ففي هذه الصورة إما أن يكون دفع كل واحد منهم بحسب نسبة حصته من التركة، بأن يدفع من له ثلثها ثلث البدل ومن له ربعها ربعه وهكذا، أو يكون الدفع

بالتساوي بغض النظر عن نسبة الأسهم، أو يكون كل قد ساهم بقدر أقل أو أكثر مما يقابل سهمه في الميراث، وبناء على هذه الشقوقات الثلاثة فإن لهذه الصورة الثالثة ثلاث حالات:

الحالة الأولى: كالصورة الثانية المذكورة آنفا. تُقسم التركة بنسبة ما لكل منهم، ثم تقسم حصة المتخارج بعد ذلك على الباقين بنسبة أسهم كل واحد منهم أيضاً، لأنهم دفعوا البدل على هذه النسبة.

وعلى سبيل المثل إذا انحصرت الورثة في زوجة وأخوين من الأم وأخ شقيق، وكانت التركة (٣٦) دونما من الأراضي:

يكون أصل المسألة الفرضية (١٢).

للزوجة الربع (٣÷١٢)= (٣٦÷١٢×٣)= ٩.

وللأخوين من الأم الثلث (٤÷١٢)= (٣٦÷١٢×٤)=١٢.

وللأخ الشقيق الباقي (٥÷١٢)= (٣٦÷١٢×٥)= ١٥.

فإذا خرجت الزوجة على مبلغ يدفعه الباقون بنسبة اسهمهم (٤،٥) يكون نصيب كل من الصنفين من حصة الزوجة بهذه النسبة أيضاً، فللإخوة من الأم (١٢+٤=١٦) لكل واحد منهما (٨) أسهم، وللأخ الشقيق (١٥+٥=٢٠).

الحالة الثانية: وهي التي يدفع فيها سائر الورثة بدل التخارج بالتساوي، فحينئذ تُقسم حصة من خرج من التركة بينهم بالتساوي أيضاً، بعد أخذ كل منهم نسبة من التركة بنسبة أسهمه فيها، على أساس أنه لم يحصل تخارج من أحد، فإذا فرضنا الورثة والتركة كما هو في الحالة الأولى، كان نصيب الإخوة من الأم (١٢+٤,٥=١٦,٥)، لكل واحد منهما (٨,٢٥)، ونصيب الأخ الشقيق (١٥+٤,٥=١٩,٥).

الحالة الثالثة والأخيرة: هي التي لا يدفع فيها الباقون من الورثة بدل التخارج، لا بالنسبة إلى فروضهم كما في الحالة الأولى، ولا بالتساوي كما في الحالة الثانية، فحينئذ يجب تقسيم نصيب المتخارج بينهم بنسبة ما دفعه كل واحد منهم، فمن دفع ثلث البدل أخذ ثلث حصة المتخارج ومن دفع ربعه أخذ ربعها وهكذا.

التكييف الشرعي (أو القانوني) للتخارج:

كيّف بعض الفقهاء عقد التخارج بأنه عقد صلح، لذا عرّفوه بانـه تصالح الورثـة علـى اخراج بعضهم من الميراث بشيء معلوم.[1] وهذا التكييف على اطلاقه غير صحيح، لأنـه ليس التخارج صلحا في جميع صوره، وإنما يُكيف بعقد البيع كما في الصورة الأولى وبعقد القسمة في الصورة الثانية وبعقد الصلح في الصورة الثالثة إذا كان التخارج مسبوقا بالنزاع، وإلا فيُكيف بعقد البيع لأن عقد الصلح عبارة عن عقد وضع المنازعة،[2] فما لم يكن التخارج مسبوقا بالنزاع بين الورثة لا يجوز أن يسمى صلحاً.

ثمرة الإختلاف في تكييف التخارج:

تظهر هذه الثمرة في النقاط الآتية:

١- إذا كيّف بالبيع يكون شأن الوارث المشتري أو الورثة المشترين شأن المشتري الأجنبي، فيكون لهم ما للأجنبي من الحقوق وعليهم ما عليه من الالتزامات، فإن كان المشتري الوارث واحدا ودفع الثمن من ماله الخاص، استحق حصة الوارث البائع وحل محله في التركة. وإن كان المشتري كل الورثة أو ورثة متعددين ودفعوا الثمن من مالهم الخاص، ولم ينص في عقد التخارج على طريقة قسمة الخارج بينهم، قُسمت هذه الحصة عليهم بالسوية.

٢- إذا كُيّف التخارج بأنه عقد قسمة، فإنه لا ينشئ شيئا من الحقوق والإلتزامات، وإنما يكشف عنها، لأن هذا الحق أو ذاك الالتزام كان موجودا قبل التخارج عن طريق الميراث، فإذا خرج أحد الورثة من التركة على جزء منها كالسيارة أو الدار أو قطعة أرض مثلا، فإن المتخارج يُعد مالكا لها منذ البداية عن طريق الميراث، ولكن القسمة كشفت هذه الملكية.

وكذلك إذا كُيّف بالصلح يكون التخارج كاشفا للحق أو التزام وليس مُنشئاً لهما حين يملك المتخارج هذا المال مُفرزاً اعتبارا من البداية عن طريق الميراث. ويُبنى على

---

[1] في تكملة فتح القدير ٤٩٣/٨: (التخارج تفاعل من الخروج ومعناه ان يتصالح الورثةعلى اخراج بعضهم من الميراث بشيء معلوم)..

[2] ينظر نفس المرجع السابق ٤٠٣/٨ ، كتاب الصلح.

اعتبار التخارج كاشفاً لحق المتخارج لا مُنشئاً له، أنه لا يحتاج إلى تسجيله في الدائرة المختصة إذا كان محله عقاراً، لكن بعد الإفراز يكون التسجيل ضروريا بالنسبة إلى الغير إذا كان المحل عقاراً.

٣- إذا كُيِّف التخارج بأنه عقد صلح، فإنه يترتب عليه الأثران الآتيان:

أ- الضمان: ففي عقد الصلح لا يضمن الوارث الخارج صفته كوارث، إذ هو يدعى أنه من الورثة وينازعونه في ذلك، ثم يتصالحون على التخارج. فالتخارج صلح لحسم النزاع، فلا يجوز تجدد النزاع بعد ذلك، إذا ظهر بعد الصلح ان المتخارج ليس وارثا في الباطن. بخلاف ما إذا كُيف بأنه عقد قسمة أو عقد بيع. فالمتخارج يضمن في هاتين الحالتين صفته كوارث، فإذا انكشف بانه ليس بوارث حقيقي بطل التخارج سواء كُيِّف بعقد البيع أو بعقد القسمة.

ب- الغَبن: ففي الصلح لا يرجع الوارث الخارج بدعوى الغبن على الورثة، بدعوى ان المقابل الذي اخذه من التركة قليل، لأن المفروض أن التخارج كان صلحاً ولا يستحق الوارث الخارج عن طريق الصلح إلا هذا المقابل الذي رضي به حين الصلح، سواء قل أو كثر، هذا بخلاف ما إذا كُيف بعقد القسمة حيث يحق لمن يشعر بالغبن ويستطيع أن يثبت ان الغَبن فاحش، أي يزيد على الخمس، أن ينقض القسمة، ولبقية الورثة منع نقض القسمة عن طريق اكمال الحصة الناقصة، غير انه تجب في دعوى النقض رعاية الأمرين الآتيين:

أحدهما: ان العبرة بتقدير قيمة التركة وقت القسمة، لمعرفة ان الغبن فاحش أو ليس بفاحش.

والثاني: يجب رفع دعوى نقض القسمة قبل مضي سنة على التخارج وهذا ما أفتت به التشريعات المدنية العربية.[1]

---

[1] كما جاء في المادة (٨٤٥) من القانون المدني المصري الجديد. لمزيد من التفصيل ينظر الوسيط للسنهوري ٢٦١/٤.

المبحث الثاني

المناسخات

المناسخة مأخوذة من النسخ، والنسخ لغة ابطال الشيء وإزالته، يقـال نسـخت الشـمس الظل أي أذهبته وحلّت محله.[1]

وفي الإصطلاح الفقهي: انتقال نصيب بعض الورثة بموته قبل توزيع التركة إلى مـن يـرث منه.[2] فإذا مات شخص وترك ورثة، فمات أحدهم قبل قسمة التركة، ينتقل نصيبه إلى من يرثه منه.

وسُميت هذه العملية الانتقالية مناسخةً، لأن كلاً من مسألة الميّت الأول والثـاني تُنسخ وتزول بالأخرى، فتتكون منهما مسألة واحدة تسمى الجامعة. وهـذا الموضـوع رغـم اهميتـه أُهمل في كثير من المؤلفات الحديثة في علم الميراث، لأنها عُدت من المسائل العويصة.

ضوابط حل مسائل المناسخات:

إذا مات شخص عن ورثة فمات أحدهم أو أكثـر قبـل تحريـر تركتـه وتقسـيمها، تُتبـع الضوابط الآتية:

أولا: إذا لم يرث الميّت الثاني غير الباقين من ورثة الميّت الأول وكان إرثهم منـه كـإرثهم من الأول، يُعد الثاني كأن لم يكن أصلا، وقُسمت التركة بين الباقين. وهذه الحالة إنمـا تكون في ورثة يكونون من صنف واحد تكون أصول مسائلهم عدد رؤوسـهم كـالبنين وأبناء الإبن، والإخوة من الأبوين أو من الأب أو من الأم. أو يكونون من صـنفين في درجة واحدة من القرابة، يرثون بمقتضى قاعدة (للذكر مثـل حـظ الأنثـيين) وتكـون أصول مسائلهم عدد رؤوسهم بعد اعتبار كل ذكر انثيين.[3]

---

[1] القاموس المحيط ١/٢٧١.

[2] مغني المحتاج للشربيني ٣/٣٦.

[3] من مات عن خمسة بنين أو خمسة إخوة، مات أحدهم قبل القسمة، تُقسم تركتـه علـى أربعـة بدلا مـن خمسة، فيعتبر الخامس المتوفى كان لم يكن أصلا، ومن مات عن ثلاثة بنين وثلاث بنات مـثلا، فـإذا ماتت إحدى البنات، توزع التركة على ثمانية بدلا من تسعة، بعد اعتبار كل ذكر انثيين، وهكذا.

ثانيا: وان لم ينحصر ارث الميّت الثاني في الباقين، إما لأن الوارث غيرهم أو لأن غيرهم يشركهم فيه، أو انحصر فيهم، ولكن اختلف قدر الإستحقاق لهم من الميّت الأول والثاني، فعندئذ تُحدد مسألة الميّت الأول والميت الثاني كل على انفرادها وينظر فيهما بحسب الآتي:

أ- فإذا انقسم نصيب الميّت الثاني من الأول على مسألته بسبب المماثلة أو المداخلة، يُكتفي بالمسألة الأولى.

الورثة: زوج (٢) أخت ش. ماتت إحداهما عن الأخرى وبنت ابن

المسألة الأولى:

الورثة:	زوج	(٢) أخت ش.	
الفروض:	٢/١	٣/٢	المسألة (٦) عالت إلى (٧)
الأسهم:	٣	٤	لكل أخت سهمان.

المسألة الثانية:

الورثة:	بنت ابن	أخت ش	المسألة (٢)
الفروض:	٢/١	ق	لأنها عصبة مع الغير
الأسهم:	١	١	

فيُكتفي بالمسألة الأولى، لأن نصيب الميّت الثاني يقبل القسمة على مسألته.

ب- وان لم يقبل نصيب الميّت الثاني من الأول القسمة على مسألته، تُطبق القواعد الآتية:

القاعدة الأولى: تُحدد مسألة الميّت الأول والثاني كل بمعزل عن الأخرى، فإذا كانت النسبة بين أسهم الميّت الثاني ومسألته بالتوافق، فإن كان التوافق بالنصف،[1] يُضرب نصف المسألة الثانية في تمام المسألة الأولى، وان كان التوافق بالثلث،[2] يُضرب ثلثها في المسألة الأولى، وان كان التوافق بالربع[3] يُضرب ربعها في الأولى[4] وهكذا.

وفي جميع الصور يكون حاصل الضرب المسألة الجامعة لمسألتي الميّت الأول والثاني.

---

[1] بأن يقبل كل منهما القسمة على عدد (٢) مثل (٦) و (٤).

[2] بأن يقبل كل منهما القسمة على عدد (٣) مثل (٩) و (٦).

[3] بأن يقبل كل منهما القسمة على عدد (٤) مثل (١٢) و (٨).

[4] بعولها أو بعد تصحيحها إذا كانت عائلة أو مصححة.

لمعرفة نصيب كل وارث من المسألة الجامعة يؤخذ بالمعيارين الآتيين:

١- من له شيء في المسألة الأولى أخذه مضروباً في ما ضُرب فيها.

٢- ومن له شيء من الثانية أخذه مضروباً في وفق نصيب الميّت الثاني من الأول.

كما في الأمثلة الآتية:

أ- التوافق بالنصف: كمن مات عن زوجة وأم وأخ لأب ماتت الأم عن أخ ش. وأخ م.

المسألة الأولى:

الورثة:	زوجة	أم	أخ لأب	أصل المسألة (١٢)
الفروض:	١/٤	١/٣	ق	
الأسهم:	٣	٤	٥	

المسألة الثانية:

الورثة:	أخ لأم	أخ ش.	أصل المسألة(٦)
الفروض:	١/٦	ق	
الأسهم:	١	٥	

المسألة الجامعة: بين نصيب الميّت الثاني من الأول وهو عدد(٤) ومسألته (٦) التوافق بالنصف، فيضرب وفق (نصف) مسألته في تمام الأولى (٣×١٢=٣٦) المسألة الجامعة.

للزوجة	(٣×٣)= ٩	كلاهما ورثة الميّت الأول.
للأخ لأب	(٥×٣)= ١٥	
للأخ ش.	(٥×٢)= ١٠	كلاهما ورثة الميّت الثاني.
للأخ م	(١×٢)= ٢	

ب- التوافق بالثلث: كمن مات عن أم وبنت ومـاتت بنت الإبن عن زوج وأم وابن.

المسألة الأولى:

الورثة:	أم	بنت الإبن	المسألة (٦) ردت إلى (٤)[1]
الفروض:	١/٦	١/٢	
الأسهم:	١	٣	

---

[1] يبقى بعد نصيب كل منهما سهمان يُرد عليهما بالنسبة الى حصصهما، للأم ربع الباقي، إن نصيبها مجموع الحصص المستحقة ولبنت الإبن ثلاثة أرباع السهمين لنفس السبب. وتُرد المسألة من(٦) الى (٤) يكون للأم ١/٤ ولبنت الإبن ٣/٤.

المسألة الثانية:

الورثة:	زوج	جد	ابن	المسألة تصح من (١٢)
الفروض:	١/٤	١/٦	ق	
الأسهم:	٣	٢	٧	

المسألة الجامعة: بين نصيب الميّت الثاني من نصيب الأول (٣) ومسألته (١٢) توافق بالثلث، فيُضرب ١/٣ المسألة الثانية في تمام الأولى بعد الرد. (٤×٤=١٦). (المسألة الجامعة).

الأم ترث من الأول والثاني، لذا يكون نصيبها من المسألة الجامعة (١×٤)+(٢×١)=٦.[1] والزوج وارث للثاني دون الأول ونصيبه من الجامعة (٢×١)=٢.

والإبن وارث للثاني دون الأول ونصيبه من الجامعة (٧×١=٧).

القاعدة الثانية: تُحدد مسألة الميّت الأول والثاني كل بمعزل عن الأخرى، فإذا كانت النسبة بين اسهم الميّت الثاني ومسألته بالتباين، بأن كانا فرديين مثل (٣) و(٥) أو كان أحدهما فردياً مثل (٧) والآخر زوجياً مثل (٨)، يُضرب تمام مسألة الثاني في تمام المسألة الأولى[2] وحاصل الضرب يكون أساساً لتوزيع تركة كليهما، ويسمى هذا الأساس المسألة الجامعة ولمعرفة نصيب كل وارث من المسألة يؤخذ بالمعيارين الآتيين:

١- من له شيء في المسألة الأولى يأخذه مضروبا فيما ضُرب فيها.

٢- من له شيء في المسألة الثانية يأخذه مضروبا في تمام أسهم نصيب الميّت الثاني من الأول.

ومن تطبيقاته:

مات زوج عن زوجة و(٣) بنين وبنت (ماتت البنت قبل تقسيم التركة عن أم و(٣) أخوة ش.).

---

[1] هذه الأم في المسألة الثانية عين الأم في المسألة الأولى، لها سهم واحد في المسألة الأولى، يُضرب فيما ضرب فيها (١×٤=٤) ولها في المسألة الثانية سهمان، يُضربان في وفق (١/٣) نصيب الثاني من الأول (٢×١=٢).

[2] بعولها أو بعد تصحيحها إذا كانت عائلة أو مصححة.

المسألة الأولى:

الورثة:	زوجة	(٣) بنين.	بنت	المسألة (٨)
الفروض:	١/٨	ق		(للذكر مثل حظ الأنثيين)
الأسهم:	١	٧		لكل ابن سهمان وللبنت سهم واحد

المسألة الثانية:

الورثة:	أم[١]	(٣) اخوة ش.[٢]	المسألة(٦) [٣]
الفروض:	١/٦	ق	وتصح من (١٨)[٤]
الأسهم:	٣	١٥	لكل أخ (٥)

المسألة الجامعة: بما ان نصيب الميّت الثاني (البنت) من الميّت الأول سهم واحد وهو متباين مع مسألته (٨)، يُضرب تمام مسألته في المسألة الأولى (١٨×٨)=١٤٤ المسألة الجامعة. للزوجة (١×١٨)+ (٣×١)= ٢١.[٥]

ولكل ابن من الأولى بصفة البنوة سهمان (٢×١٨)= ٣٦.

ومن الثانية بصفة الأخوة (٥×١)= ٥,

٣٦+٥= ٤١ نصيب كل واحد منهم.

٣×٤١= ١٢٣ نصيب الثلاثة.

١٢٣+ ٢١= ١٤٤. (نصيب الجامعة)

القاعدة الثالثة: إذا مات ثالث قبل توزيع تركة الأول والثاني، عمل في مسألته ما عمل في مسألة الميّت الثاني من التفاصيل المذكورة، فإذا صُححت المسألة الأولى والثانية وصارتا مسألة واحدة جامعة، فتُعد الجامعة هي المسألة الأولى وتصحيح المسألة الثالثة باعتبارها مسألة ثانية، فإن انقسمت سهام الميّت الثالث من

---

١ هي نفس الزوجة في المسألة الأولى.

٢ هم نفس الأبناء في المسألة الأولى.

٣ هو نفس مقام نصيب الأم (١/٦).

٤ لأن نصيب الإخوة (٥) وهي لا تقبل القسمة عليهم، فيُضرب عدد رؤوسهم في اصل المسألة (٣×٦)=١٨.

٥ لأن الزوجة في المسألة الأولى هي الأم في الثانية، فترث من الأول بالزوجية سهم واحد، يُضرب فيها ضرب في المسألة الأولى (١×١٨)=١٨ ونصيبها من الثاني (٣) أسهم يُضرب في نصيب الميّت الثاني (٣×١)=٣، ١٨+٣=٢١ نصيبها من المسألة الجامعة.

المسألة الجامعة التي عُدّت الأولى بالنسبة إليه، فذاك واضح يُكتفى بالمسألة الجامعة الأولى، وإلا فإن كان بين نصيبه ومسألته التوافق، يُعمل بمقتضى القاعدة الأولى، وإن كان بينهما التباين يُعمل بموجب القاعدة الثانية، فلو ماتت إمرأة عن زوج وأم وثلاث بنات، ثم مات الزوج عن ابنتين، ثم ماتت الأم عن أخ وأخت لأب، تُوحد المسائل الثلاث في مسألة جامعة واحدة كالآتي:

المسألة الأولى:

الورثة:	زوج	أم	(٣) بنات	أصل المسألة (١٢) عالت
الفروض:	١/٤	١/٦	٢/٣	الى ١٣ وتُصحح من ٣٩
قبل التصحيح	٣	٢	٨	
بعد التصحيح	٩	٦	٢٤ لكل واحدة (٨)	

المسألة الثانية:

الورثة: (٢) ابن أصل المسألة (٢) لكل ابن سهم واحد

ونصيب الميّت الثاني من الأول (٩) لا يقبل القسمة على مسألته ولا يوافقها فتضرب الثانية في الأولى (٢×٣٩)= ٧٨ (المسألة الجامعة)

فمن له شيء من الأول أخذه مضروبا في نصيب الميّت الثاني من المسألة الأولى، وبناء على ذلك للأم من الأول (٦) ونصيبها من الجامعة (٦×٢)= ١٢.

ولكل بنت من الأولى (٨) ونصيبها من الجامعة (٨×٢)= ١٦.

ولكل ابن من الثانية سهم فنصيبه من الجامعة (١×٩)= ٩.

المسألة الثالثة:

الورثة: أخ لأب أخت لأب أصل المسألة(٣)

للذكر مثل حظ الأنثيين

بما أن نصيب الميّت الثالث من المسألة الجامعة (١٢) تنقسم على مسألتها (٣) للأخ (٨) وللأخت (٤)، فقد صحت المسائل الثلاث مما صحت منه الأوليان، وبناء على ذلك يُكتفى بالمسألة الجامعة لتوزيع التركة على ورثة الأموات الثلاثة.

وهكذا إذا تُوفي رابع تُعتبر المسائل الموحدة السابقة المسألة الأولى وتُعد مسألة الميّت الرابع المسألة الثانية وتُطبق القواعد التي ذكرناها في تقسيم التركة على الورثة.

الفصل الرابع
الإحتياط في توزيع التركات

قد يصادف أن يكون من بين الورثة حمل لم يولد ولم يتبين بعد جنسه وعدده، ذكرا أم انثى، واحدا أم أكثر؟ أو مفقود لم يُعرف مصيره من الحياة والممات، أو انسان شاذ لم ينكشف جنسه هل هو ذكر أو أنثى؟ ولكون مصير كل هؤلاء محاطاً بالشكوك، على القاضي أن يأخذ بالإحتياط حين توزيع التركة حماية لمصالحهم.
وعلى أساس هذه التصورات الثلاثة ينقسم الفصل إلى ثلاثة مباحث:

المبحث الأول
الجنين والإحتياط في توزيع التركة

الجنين في بطن أمه إذا توافر فيه سبب القرابة بينه وبين المتوفى، بحيث يرث منه لو كان مولودا حياً، يُعتبر من ورثته ويُحسب له حساب الوارث في ضوء صلة قرابته، لقول الرسولﷺ: (إذا استهلّ المولود ورث)[1]، ولما روي أيضا أنه قضى رسول اللهﷺ بأنه (لا يرث الصبي حتى يستهل).[2]
واستنادا إلى هذين الحديثين الشريفين وغيرهما، أجمع فقهاء الشريعة على أن الجنين يُعد من أحد المستحقين للتركة إذا توافر فيه سبب الإرث وانتفت عنه موانعه وتوفر فيه الشرطان الآتيان[3]:

---

[1] السنن الكبرى ٢٥٦/٦. عون المعبود ١٣٤/٨، نيل الأوطار ٧٦/٦، التاج ٢٥٤/٢.
[2] نيل الأوطار ٧٦/٦.
[3] الجنين وإن لم تكن حياته محققة وقت وفاة المورّث، إلا أنه يُعد حياً باعتبار المآل، لأن الموجود منه في طريق أن يتكون منه شخص حي بصورة تدريجية، فيُعطي له حكم الحياة، ولأنه وإن احتمل الحياة والموت وقت وفاة المورّث، غير ان جانب الحياة يترجح، لأن الشارع الحكيم أوجب مقابل الجناية عليه عقوبة مالية تسمى (غُرّة) على الجاني في حالة توافر القصد الجنائي لديه وعلى عاقلته ان وقع الإعتداء خطأ، علما بأن هذه العقوبة لا تجب إلا في حالة الإعتداء على الحياة وإذا ترجح جانب الحياة من قبل الشارع اعتبر الجنين حياً حياة تقديرية وقت وفاة مورثه.

الشرط الأول: تحقق وجوده في بطن أمه حين وفاة المورّث، وقد اختلط فقهاء الشريعة الإسلامية في وضع معيار موضوعي لمعرفة وجود الحمل عند وفاة المورّث وعدم وجوده، ولإستبعاد تلك الخلافات التي كانت مبنية على إجتهادات محضة، أثبت العلم والطب الحديث خطأ كثير منها.

ومن الضروري استعراض الموضوع في ضوء النقاط الآتية:

١- ميراث الحمل ليس كالوصية له، لأنه لا يُشترط في الموصى له أن ينتمي إلى الموصي لا بالنسب ولا بالزواج، كما لا يُشترط أن يكونا على ملة واحدة مثل الميراث، لأن الوصية مبنية على أساس التكافل الإجتماعي والإقتصادي بين الأسرة البشرية، بغض النظر عما يُشترط وجوده في الميراث من وحدة الدين. فيجوز أن يكون الموصي مسلماً والموصى له غير مسلم، كما يجوز أن يكون الموصى له ذا صلة بالقرابة أو الزواج بالموصي، وأن يكون شخصا غريبا وأن يكون موجودا وقت الوصية وغير موجود إذا لم يُعين بالذات.

٢- لقد بالغ بعض الفقهاء في اجتهاداتهم بصدد الحد الأقصى للحمل. فمنهم[١] من قال ان الحد الأقصى للحمل سنتان، ومنهم[٢] من قال (٤) سنوات، ومنهم[٣] من قال (٥) سنوات، ومنهم[٤] من قال (٧) سنوات. غير أنه أثبت العلم والطب الحديث بطرق علمية قطعية ان الجنين لا يبقى في بطن أمه أكثر من سنة شمسية واحدة(٣٦٥).

ومن الواضح أن كل ما جاءت به الشريعة الإسلامية لم يصطدم ولن يصطدم مع المجريات والبديهيات والإكتشافات العلمية الحديثة، لأنهما شريعة العلم وشريعة الفطرة السليمة.

٣- كذلك اختلفوا في أقل مدة الحمل، فقال أكثرهم هو (٦) أشهر، وهذا ما دلّ عليه القرآن الكريم دلالة إشارةٍ بالجمع بين قوله تعالى: ﴿وَوَصَّيْنَا الإِنسَانَ بِوَالِدَيْهِ إِحْسَانًا حَمَلَتْهُ أُمُّهُ كُرْهًا وَوَضَعَتْهُ كُرْهًا وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلاثُونَ شَهْرًا﴾[٥]، وقوله تعالى

---

١ كالحنفية.

٢ كالشافعية.

٣ كالمالكية. حاشية الدسوقي ٢/٤٧٤.

٤ كالزهري. المرجع السابق.

٥ سورة الأحقاف/١٥

﴿وَوَصَّيْنَا الإِنسَانَ بِوَالِدَيْهِ حَمَلَتْهُ أُمُّهُ وَهْنًا عَلَى وَهْنٍ وَفِصَالُهُ فِي عَامَيْنِ﴾[1] .. ذلك لأن المدة الواردة في الآية الثانية إذا أخرجت من المدة المذكورة في الآية الأولى، يبقى (٦) أشهر، وقد أثبت العلم والطب الحديث هذه الحقيقة. وقد ذهب بعض[2] الفقهاء إلى أن أقل مدة للحمل (٩) أشهر.

٤- وفرّق البعض[3] بين كون الحمل من المورث وبين كونه من غيره، فقال:

أ/ إذا كان الحمل من الميّت نفسه ومات والزوجية قائمة بين الزوجين حين الوفاة، فإن ولد لأقل من ستة أشهر منذ الوفاة، تبين أنه كان موجودا، فيكون مستحقاً للميراث متى ولِد حياً، وإن جاءت به أمه لأكثر من هذه المدة، لم يتبين يقيناً أنه كان موجودا حين الوفاة، ولهذا لا يكون وارثاً. أما إذا مات وهي في العدة منه، ثم ولد لسنتين أو أقل من وقت الفرقة، ثبت النسب منه بناءً على الرأي القائل بأن أقصى مدة للحمل سنتان، ما لم تكن أقرّت بأن عدتها قد انقضت قبل ذلك.

ب/ إذا كان الحمل من غيره، كزوجة أبيه أو ابنه أو قريب آخر يرثه الحمل، إن ثبت نسبه وولِد حياً ويثبت نسبه إذا مات المورث وكانت الزوجية قائمة بين الحامل وزوجها وجاءت بولد لستة أشهر أو أقل منذ موته، كان وارثاً، لأنه تحقق يقيناً أنه كان موجوداً في بطن أمه حين الموت، ولا يكون وارثاً إن ولد لأكثر من ستة أشهر، ولو قبل مضي سنتين، إذ لا يُمكن في هذه الحالة الحكم بأنه كان موجودا بيقين في بطن أمه حين الوفاة. أما إذا توفى المورّث والحامل في العدة من زوجها الذي تُوفي عنها إن طلقها بائنا، فهي إن وضعت حملها لأقصى مدة الحمل فما دون من تأريخ وفاة زوجها أو إبانته إياها، فإنه يرث لتحقق وجوده شرعا وقت الوفاة، ولو ولدته لأكثر من أقصى مدة الحمل فإنه لا يرث.

---

[1] سورة لقمان /١٤

[2] كالإمام أحمد وابن تيمية والظاهرية.

[3] كما جاء من كتاب التركة والميراث في الإسلام، للدكتور محمد يوسف موسى ص٣٣٦ وما بعدها. المادة (٢٢٩) الجريدة الرسمية اليمنية، وشرح قانون الأحوال الشخصية للدكتور أحمد علي الخطيب، ص١٦٩ وما بعدها. وفيه: "فإن كان الحمل من غير المورّث وولد لستة أشهر فأقل، وكانت الزوجية قائمة فعلا، يستحق الميراث ولو ولدته لأكثر من ستة أشهر لا يُعتبر وارثاً. وإذا توفي المورث والحامل في العدة من زوجها الذي توفى عنها أو طلقها بائنا، فهي إن وضعت حملها لأقصى مدة الحمل والأظهر أنها سنتان، يرث الى آخره".

ومن وجهة نظري أن المعايير المذكورة غير مُطّردة، لأن الزوجة المعتدة من الطلاق الرجعي حكمها حكم الزوجة الحقيقية في ثبوت النسب، ولأن الزوج قد لا يكون مع زوجته في فراش واحد، حتى يُقال الولد للفراش، بل قد يموت وهو لم يتصل بزوجته عدة أشهر أو سنوات، كالذي يموت خارج بلده أو في السجن أو يُعدم بعد أن يقضي فترة زمنية في السجن، أو قد يكونان في فراش واحد ولكن الزوج كان مصابا بمرض يمنعه من المعاشرة الزوجية، فاعتبار تأريخ المدة من الوفاة في هذه الصور غير دقيق وغير مطابق للواقع، ولهذه الملاحظات وغيرها، أرى أن يُمنح للقاضي السلطة التقديرية في اثبات نسب الحمل، سواء كان من المورث أو من غيره، مستعينا بأهل الخبرة من الأطباء المختصين، ليدرس كل حالة بإنفرادها في ضوء ظروفها الخاصة وإمكان الإتصال بين الزوجين قبل الوفاة مع مراعاة الضوابط الآتية:

١- أقل مدة حمل ستة اشهر.

٢- أقصى مدة حمل سنة شمسة واحدة (٣٦٥) يوماً.

٣- أن يولد حياً.

وفي حالة النزاع يستعين القاضي بأهل الخبرة من الأطباء المختصين.

كيفية الأخذ بالإحتياط عند جمهور الفقهاء:

على الرغم من اتفاق الفقهاء على أهلية الجنين لأستحقاق الميراث إذا توفر الشرطان المذكوران، إلا أنهم اختلفوا في تحديد طبيعة الإحتياط الذي يجب أن يؤخذ بنظر الإعتبار بالنسبة لتوزيع التركة، هل توقف التركة كلها حتى يولد الجنين أو انها تُقسم على الورثة الموجودين، فإذا ولد الجنين حياً أعيدت القسمة؟

أو أنه يحجر للجنين نصيب منها إلى أن يولد، فيأخذه أو يأخذ منه نصيبه، ثم يُرد الباقي على من نقصت أنصباؤهم بسبب الحجز.

والأفقه من هذه الآراء هو رأي فقهاء أهل سمرقند من الحنفية، الذي يقضي بإيقاف التوزيع إلى حين الولادة، إذا كانت الولادة قريبة، وإن كانت بعيدة لا توقف القسمة ولا تنتظر الولادة، لما في ذلك من الإضرار ببقية الورثة.

وإذا تم اختيار التوزيع قبل الولادة، فالرأي الراجح هو ايقاف نصيب ابـن واحـد أو ابنـة واحدة، أيهما أكثر وهو المفتى به، لأن المرأة لا تلد غالبا في بطن واحد إلا ولداً واحـدا ذكـرا أو أنثى، فيبنى عليه الحكم، ما لم يثبت خلاف ذلك بالطب، مع مراعاة ما يلي:

١- إذا كان محجوبا بوارث أقوى: لا يُحسب له أي حساب، فلا يوقف له شيء.

الورثة:	أم حامل	ابن	حمل[1]
الفروض:	٦/١	ق	م
الأسهم:	١	٥	لا شيء

٢- إذا كان حاجباً لبقية الورثة على تقدير ولادته حيّا: يوقف له كـل التركـة ولا يـوزع منها شيء، فإذا ولد حيا أخذها كلها، وإلا رُدت للورثة الآخرين.

الورثة:	حمل زوجة الإبن	(٥) اخوة من الأم[2]
الفروض:	ك	م

٣- إذا كان يرث ولا يختلف نصيبه على كلا التقديرين (الذكورة والأنوثـة): يوقـف لـه نصيبه المحدد بالنص.

الورثة:	(٢) أخت ش	أم حامل من غير أبي المتوفي	الحمل[3]
الفروض:	٣/٢	٦/١	٦/١
الأسهم:	٤	١	١

٤- إن لم يرث على تقدير الذكورة، فيُعتبر أنثى ويوقف لـه النصـيب، فـإن ولـد انثـى أخذت نصيبها، وإلاّ رُد إلى الورثة الآخرين.

الورثة:	زوج	أخت ش.	(٢) أخ من الأم	حمل زوجة الأب	أصل
الفروض:	٢/١	٢/١	٣/١	٦/١	المسألة(٦)[4]
الأسهم:	٣	٣	٢	١	عالت إلى ٩

٥- وإن لم يرث على تقدير الأنوثة: يعتبر ذكرا فيوقف له نصيبه، فإن ولـد ذكـرا أخـذه، وإلاّ رد لبقية الورثة.

---

[1] لأن الحمل على تقدير ولادته حيا، إما أخ أو أخت المتوفى، ففي كلتا الحالتين يحجب بالإبن.

[2] لأنه إن ولد حيا، فإما بنت ابن أو ابن ابن، وعلى كلا الاحتمالين فالإخْوة يُحجبون به.

[3] لأن الحمل إما أخ من الأم أو أخت من الأم، كلتا الحالتين نصيبه محدد بالسدس.

[4] الأسهم المستحقة: (٢/١+ ٢/١+ ٣/١+ ٦/١)- (٣+٣+٢+٦/١)- (٦/٩)، فعالت الى (٩)، فإذا ولد ذكرا حجب بالإستغراق.

الورثة:	أم	(٢) بنت الإبن	حمل زوجة ابن الإبن[1]
الفروض:	٦/١	٣/٢	ق
الأسهم:	١	٣	١

٦- إن كان يرث الأكثر على تقدير الذكورة: يعتبر ذكراً ويوقف له أوفر النصيبين، فإن ولد ذكرا أخذه كله، وإلاّ رُد الفرق إلى بقية الورثة.

الورثة:	أب	حمل زوجة الإبن[2]
الفروض:	٦/١	ق
الأسهم	١	٥

٧- إن كان يرث الأكثر على تقدير الأنوثة، يعتبر انثى فيوقف له الأوفر، فإن ولد انثى أخذت كله، وإلا رد الفرق للورثة الآخرين.

الورثة:	زوج	أخ من الأم	أم حامل من ابي المتوفى	الحمل	اصل[3]
الفروض:	٢/١	٦/١	٦/١	٢/١	المسألة(٦)
الأسهم:	٣	١	١	٣	عالت الى(٨)

ونستنتج من هذه التطبيقات أن الإحتياط في جميع الأحوال يكون لصالح الحمل، وانه دوماً يؤخذ بما هو الأحسن له. وجدير بالذكر أنه لا خلاف بين الفقهين السني والجعفري في المسألتين الأوليين، بخلاف المسائل الأخرى، يختلف الفقه الجعفري عن السني من حيث الأخذ بالمراتب.

---

[1] إذا ولد انثى تُحجب ببنتي الإبن وإذا كان ذكرا أخذ الباقي بالتعصيب.

[2] إذا ولد ذكرا أخذ الباقي بالتعصيب، وهو خمسة اسهم. وإن ولد انثى أخذت نصف التركة والباقي (الفرق) للأب تعصيبا في الفقه السني، ولا فرق بين الذكر والأنثى في الفقه الجعفري، لأنه يحل محل والده، فيأخذ نصيبه الذي يستحقه لوكان على قيد الحياة.. ايضاح الفوائد ٢١٢/٤.

[3] الأسهم المستحقة: (٢/١+٦/١+٦/١+٢/١)= (٣+١+١+٣/٦)= (٦/٨) عالت الى (٨). وإذا ولد نكرا يرث الباقي بالتعصيب وهو سهم واحد، فيرد الفرق لغيره من الورثة.

المبحث الثاني
المفقود والإحتياط في توزيع التركة

استنادا إلى القواعد الأصولية الشرعية العامة القاضية بأن (اليقين لا يرتفع إلا باليقين) وأن (الأصل بقاء ما كان على ما كان)[١] وأن (الأصل في الصفات العارضة العدم)[٢] وغيرها، إذا فُقد شخص أعتبر في حق ماله وزوجته حياً، فلا تتزوج زوجته، ولا يورث ماله، كما هو الحال في حياته الحقيقية اليقينية، إلى أن يُعرف مصيره بالبينة أو يحكم القاضي بوفاته بوجه شرعي، لأن من شروط الميراث وفاة المورث حقيقةً أو حكما، وهذا ما استقر عليه اجماع فقهاء الشريعة الإسلامية.

وإذا حُكم بوفاته على الوجه الشرعي يُعتبر اليوم الذي ثبت فيه موت المفقود تأريخا لوفاته، وإذا تعذر على المحكمة معرفة تأريخ وفاته، أعتبر يوم صدور الحكم بموته تأريخاً للوفاة.

الحكم بوفاة المفقود وما يترتب عليه:

اختلف فقهاء الشريعة في تحديد المدة التي يجب أن تمضي على فقد المفقود حتى يستطيع القاضي أن يحكم بوفاته على آراء مختلفة، ولا مجال لإستعراضها، بالإضافة إلى ان القانون العراقي حدد المدة بمُضي سنتين على اعلان الفقد في الظروف الإستثنائية التي يغلب فيها الهلاك، وبمرور أربع سنوات على هذا الإعلان إذا فُقد في الظروف الطبيعية. ومن نصوص قانون رعاية القاصرين[٣] التي تولت بيان بعض من أحكام المفقود ما يلي:

"المفقود هو الغائب الذي انقطع أخباره، ولا تُعرف حياته أو مماته". (م٦٨).[٤]

---

[١] الأشباه والنظائر لأبن نجيم ٨٧/١. مجلة الأحكام العدلية المادة (٥).

[٢] الأشباه والنظائر لأبن نجيم ٦٢/١، كل من هذه القواعد العامة مخصصة بأن لا يثبت خلافها بدليل شرعي.

[٣] رقم (٧٨) لسنة ١٩٨٠.

[٤] مطابقة للمادة (١/٧٠) من مشروع القانون المدني الجديد.

"يتم الإعلان عن حالة المفقود بقرار من المحكمة. ويقوم قرار وزير الدفاع أو وزير الداخلية مقام قرار المحكمة بالنسبة لأفراد القوات المسلحة وقوى الأمن الداخلي، ويُلغى الإعلان إذا ظهر دليل على حياة المفقود".(م٨٧). [١]

"للمحكمة أن تحكم بموت المفقود في إحدى الحالات الآتية:

أولا- إذا قام دليل قاطع على وفاته.

ثانيا- إذا مرت أربع سنوات على اعلان فقده.

ثالثا- إذا فقد في ظروف يغلب معها افتراض هلاكه ومرت سنتان على اعلان فقده".(م٩٣). [٢]

"على المحكمة في جميع الأحوال أن تتحرى عن المفقود بكافة الطرق الممكنة للوصول إلى معرفة ما إذا كان حياً أو ميتاً قبل أن يحكم بموته".(م٩٤). [٣]

"يُعتبر يوم صدور الحكم بموت المفقود تأريخا لوفاته".(م٩٥). [٤] ما لم يستند الحكم إلى تأريخ سابق.

"تُقسم تركة المفقود المحكوم بموته وفق المادة (٩٥) من هذا القانون على ورثته الموجودين وقت الحكم بموته".(م٩٦).

"تعاد أموال الغائب أو المفقود إليه عند حضوره أو تسلم إلى ورثته عند ثبوت وفاته حقيقة أو حكماً، وتسري عليه أحكام المادة (٥٩) من هذا القانون" (م٩٧).

---

١ اقتصر المشروع (م٧٠/٢) على المحكمة فقط، ولم يرد فيه قرار وزير الدفاع أو الداخلية.

٢ المادة (٧٤) من المشروع أدق، ونصها تحكم المحكمة بموت المفقود في احدى الحالات الآتية:

أولا- إذا قام دليل قاطع على وفاته.

ثانيا- إذا فقد في ظروف يغلب معها افتراض هلاكه، ومضت سنتان على اعلان فقده.

ثالثا- إذا مرت أربع سنوات على فقده".

والحكم من القاضي في نظر المشروع الزامي، لكن قانون القاصرين أعطى للقاضي السلطة التقديرية في الحكم أو رد الدعوى حيث جاء فيه "للمحكمة". واللام للإختيار كما أن على للإلزام، ولم يقل على المحكمة.

٣ مطابقة للمادة (٧٣) المشروع.

٤ المشروع أدق إذ جاء فيه (م٧٥) ما نصه "يعتبر اليوم الذي ثبت فيه موت المفقود تأريخاً لوفاته، وإذا تعذر على المحكمة معرفة تأريخ وفاته أعتبر يوم صدور الحكم بموته تأريخا للوفاة".

يؤخذ من هذه النصوص الأحكام الآتية:

١- جميع حقوق المفقود تبقى محفوظة له إلى ان تصدر المحكمة المختصة الحكم عليه بالوفاة.

٢- يجب أن يكون هناك اعلان للفقد من المحكمة مطلقا أو من وزير الدفاع أو وزير الداخلية بالنسبة لأفراد القوات المسلحة وقوى الأمن الداخلي.[1]

٣- يجب على المحكمة ان تتحرى عن المفقود بكافة الطرق الممكنة من وسائل الإعلام وغيرها قبل أن تحكم بالوفاة.

٤- ان يمضي على اعلان الفقد ما لا يقل عن سنتين بالنسبة لمن فُقد في ظروف يغلب فيها الهلاك كظروف الحرب والفيضان والزلزال والحريق، وأربع سنوات بالنسبة لمن فقد في الحالات الطبيعية، كمن ذهب للدراسة أو التجارة أم الإصطياف وانقطعت أخباره.

٥- تقسم التركة على من تتوفر فيه شروط وأركان وأسباب الميراث وتنتفي فيه موانعه اعتباراً من اليوم الذي ثبت فيه موت المفقود إذا كان الحكم مستنداً إلى تأريخ سابق. وإلا فمن يوم صدور الحكم فيه بالوفاة. وهذا التفصيل يؤخذ من المادة (٧٥) من المشروع للقانون المدني الجديد، لأن قانون رعاية القاصرين (م٩٤) اقتصر على يوم صدور الحكم.

٦- إذا ظهرت حياة المفقود يجب اعادة أمواله إليه. ومن المعروف ان ما تجب إعادته هو الباقي من أمواله من أيدي الورثة أو الأشخاص الذين تلقوا هذه الأموال دون عوض. وهذا التفصيل صرح به المشروع (م٧٦) وأهمله قانون رعاية القاصرين، فجاء النص (م٩٧) مطلقاً ويجب تقييده بما جاء في المشروع، لأنه يتفق مع ما استقر عليه رأي جمهور فقهاء المسلمين.

٧- إذا لم يظهر للمفقود وارث بعد مرور أربع سنوات على إعلان فقده، تُسجل أمواله - بعد استحصال موافقة وزير العدل-بالحساب المستقل على أساس أن الدولة وارثة لمن لا وارث له. وتعاد له أو لمن ينوب عنه أو لورثته إذا ظهرت حياته أو تبين له وارث شرعي، ما لم تمض خمس سنوات على قرار التسجيل.

---

[1] حصر المشروع (م٧٠/٢) مهمة اعلان الفقد في المحكمة وأهمل ذكر قرار وزير الدفاع والداخلية.

ارث المفقود من غيره:

المفروض أن المفقود لا يرث من غيره، لأنه تخلف فيه شرط تحقق حياة الوارث بعد موت المورث، ولأن الاستصحاب حجة-عند أكثر الفقهاء- لبقاء ما كان على ما كان من الحقوق المالية وغير المالية، ولا يصلح حجة لاكتساب حقوق جديدة. وعلى هذا الأساس قال جمهور الفقهاء بإيقاف نصيبه من الميراث ووضعه لدى شخص أمين، حتى يتبين مصيره كما في الحمل:

أ- فإن ظهر حياً أخذ نصيبه.

ب- وإن ثبت وفاته بعد وفاة مورثه، آل نصيبه إلى ورثته.

ج- وإن بقي مجهولا إلى أن حُكم بوفاته وفق التفصيل المذكور، يعتبر الحكم بأثر رجعي إلى يوم فقده بالنسبة لاكتساب حقوق جديدة، فلا يستحق ما أوقف له من الميراث، لعدم تحقق وفاته بعد وفاة مورثه.

د- وإن حكم بوفاته ثم ظهر حيا، يكون حكم استرداد نصيبه من بقية الورثة كحكم استرجاع ماله الموزع على ورثته، أي لا يطالبهم إلا بما هو باق في أيديهم، أو منقول إلى الغير بدون عوض. وليس له أن يضمن أحداً منهم قيمة ما أهلكه أو استهلكه.

الإحتياط في توزيع تركة مورث المفقود:

على القاضي أن يأخذ الإحتياط في توزيع تركة يكون المفقود أحد المستحقين لها عن طريق الميراث وذلك برعاية القواعد والأحكام الآتية:

أولا: إذا كان المفقود هو الوارث الوحيد أو ممن يحجب حجب حرمان بقية الورثة، توقف التركة كلها إلى أن يتبين مصير المفقود.

الورثة:	ابن مفقود	
الفروض:	ك	

الورثة:	ابن مفقود	اخوة أو أخوات أو أعمام أو أبناء عم
الفروض:	ك	م

الورثة:	أب مفقود	أخوة أو أخوات، أو أعمام أو أبناء عم
الفروض:	ك	م

ثم إن ثبت حياته أو وفاته بعد وفاة المورث، استحق هو أو ورثته التركة كلها، وإلا ردت إلى من يستحقها.

ثانيا- إذا كان المفقود لا يحجب غيره حجب حرمان ولكنه يحجبه حجب نقصان، يُعطي لهذا الغير الأقل من نصيبه:

الورثة:	ابن مفقود	أب	أم	زوجة	أصل المسألة(٢٤)
الفروض:	ق	١/٦	١/٦	١/٨	
الأسهم:		٤	٤	٣	

إذا ظهر حيا أو تبين أنه توفي بعد وفاة مورثه، يستحق هو أو ورثته تمام ما أوقف له. وإلا رُد إلى بقية الورثة وأُكمل نصيب من أخذه ناقصا، فيرث أوفر حظيه، ففي هذه المسألة للزوجة الربع وللأم الثلث وللأب الباقي.

ثالثا: الوارث الذي يتأثر نصيبه بحياة أو ممات المفقود، يُحسب له ما هو الأسوأ من الحالتين، فمن يرث على تقدير دون تقدير لا يعطى له شيء.

المبحث الثالث
الخنثى المشكل والإحتياط في توزيع التركة

الخنثى في اللغة: من يكون كثير التثني.

المُخنث: المترخي، المتثني، وجمعه خناثي وخناث. والخنث كالكتف من فيه إخناث أي تكسّر وتثنّي، مأخوذ من الإخناث وهو التثنّي والتكسّر. إن شأن الخنثى التثني في كلامه والتكسّر فيه بأن يلينه بحيث يشبه كلامه كلام النساء.

وفي إصطلاح الفقه والطب: إنسان شاذ الخلقة غير اعتيادي، له عضوا الذكورة والأنوثة أو عريٌ عنهما. أي: انسان شاذ لا يتيقن كونه ذكرا أو أنثى.

انوع الخنثى:

للخنثى نوعان:

١- **خنثى حقيقي** hermaphroditism True : و هو النوع الذي يكون كلا عضوي التناسلية الانثوية والذكرية موجودان فيه، وهو نادر من الناحية الطبية، والمعلومات المتوفرة عنه قليلة و معقدة. وعادةً يملك كروموسومات انثوية من نمط (XX٤٦).

٢- **خنثى غير حقيقي** Pseudo-hermaphroditism: وهو أن لا يكون له آلة الذكر والأنثى، بل له ثقبة يخرج منها الخارج (البول) ولا تشبه جهاز الذكر أو الأنثى.. وهذا النوع أكثر انتشارا، وفيه تكون صورته متفاوتة بين شخص وآخر، وفي العادة تكون الأعضاء التناسلية الخارجية غير كاملة حيث يصعب معها تحديد صنف الطفل. ويُطلق على هذا النوع (الخنثى المشكل)، أي يلتبس فيه الأمر لما فيه تعارض بين علامات الرجال وعلامات النساء، فيلتبس أمره، لذا يوصف بأنه مُشكِل.

أسبابه:

من حيث الأسباب قسمان:

أحدهما ناتج عن خلل في الكروموسومات.

والثاني ناتج عن خلل في الجينات، وبوجه خاص المتعلقة بالهرمونات، وهي كثيرة.

خصوصيته:

الخنثى المشكل خاص بالإنسان والإبل والبقر، ولم يثبت لحد الآن وجوده في سائر الحيوانات.

العلاج:

من الضروري تحديد صنفه في اقرب وقت ممكن، وفي ذلك يُعتمد على ما يلي:

أ- الإعتماد على الأعضاء الجنسية، وبوجه خاص الأعضاء الخارجية التي بإمكانها تأدية وظيفتها عند البلوغ.

ب- إجراء عملية جراحية (أو عدة عمليات حسب الحاجة) للأعضاء التناسلية بتعاون عدة من الأطباء المختصين في الغدد والجراحة والوراثة والنفسية، لعلاج هذه الحالات في المستشفيات التي لديها أطباء الغدد الصماء والجراحين في المجاري البولية والولادة والأمراض النسائية.

معايير التمييز بين الصنفين[1]:

إذا تعذر إصلاح الجهاز التناسلي، فقد رأى الأطباء والفقهاء القدامى الإستعانة بالمعايير الظاهرة للتمييز بين الصنفين (الذكر والأنثى).

أ- أهم المعايير قبل البلوغ:

١- المبال: إن كان يبول من مبال الرجال فهو ذكر ويأخذ ميراث الذكور. وإن كان يبول من مبال النساء فهو أنثى يرث ميراث النساء.

٢- كثرة خروجه: فمن بال من آلة الذكر أكثر من آلة الأنثى، فهو ذكر، ومن بال الأكثر من آلة الأنثى فهو أنثى.

٣- سبق البول من إحدى الآلتين: فالحكم للأسبق. فإن سبق البول من آلة الذكورة فذكر، أو من آلة الإناث فأنثى. أي إن بال منهما جميعا أُعتبر أسبقهما، لأن سبق البول من أحدهما يدل أنه هو المخرج الأصلي.

---

[1] من الأخطاء الشائعة بين الناس إطلاق الجنسين على الذكر والأنثى، لأن الجنس هو الذي تندرج تحته أنواع مختلفة في ماهياتها، فالصنف يندرج تحت النوع، والنوع يندرج تحت الجنس، فالحيوان جنس تندرج تحته أنواع الحيوانات، والإنسان نوع يندرج تحته صنفا الذكر والأنثى. والصنف يندرج تحته الأشخاص.

٤- إذا تعارض السبق والكثرة، بأن كان الخروج من أحد الجهازين أسبق ومن الآخر أكثر، يُحكم بأكثرهما، لأن الأكثر أقوى في الدلالة على أنه العضو الأصلي، ولأن الحكم الكلي يترجح بالأكثر.

٥- عدد الأضلاع: إن كانت أضلاعه من الجانب الأيسر ناقصة ضلعا فهو ذكر، وإن تساوت أضلاعه من الجانبين فهو أنثى.

٦- الوقوف عند البول إلى جانب حائط: فإن بال عليه فهو ذكر، إن شلش بين فخذيه فهو أنثى.

ب- أهم علامات التمييز بعد البلوغ:

١- الميل الجنسي: فإن كان يميل جنسيا إلى الرجال فهو أنثى، وإن كان يميل بطبعه إلى النساء فهو ذكر.

٢- الثدي: فإن كان حجم ثديه أكبر، فهو أنثى، وإلا فهو ذكر.

٣- نبت اللحية: فإذا نبت الشعر على وجهه فهو رجل، وإلا فهو إمرأة.

٤- الحيض: فإن ظهرت له عادة شهرية (الحيض) فهو أنثى، وإلا فهو ذكر.

٥- الوطء: فإن أمكن وطؤه فهو أنثى، وإلا فذكر.

٦- الميل: فإنه يُستدل به عند العجز عن الأمارات السابقة، فإن مال إلى الرجال فإمرأة، وإن مال إلى النساء فرجل. وإن قال أميل إليهما ميلا واحدا، أو لا أميل إلي أي واحد منهما، فمشكل.

وحيث أطلق الخنثى في الفقه الإسلامي يراد به المشكل.[1]

ونرى أن الطب في هذا العصر قد تقدم وتطور، وأصبح أهل الطب اليوم اقدر على التمييز، لذا على أهل الفتوى ترك تحديد صنف الخنثى لرأي الطب.

---

[1] الموسوعة الفقهية الكويتية ٢٠/٢١ وما يليها.

أهمية التمييز:

تتبين هذه الأهمية في أمرين:
أحدهما إجراء العملية الجراحية للخنثى يقوم بها الأطباء المختصون لإصلاح الجهاز التناسلي، ليكون أقرب إلى الحالة الطبيعية التي تتوافق مع التكوين العضوي، وحينئذ تجري على الحالة الأحكام التي توافق الصنف من الذكر والأنثى.
والأمر الثاني توزيع التركة التي يكون الخنثى أحد الورثة على سبيل اليقين.

كيفية توزيع تركة يكون الخنثى احد ورثتها:

قبل التيقن من التمييز بين الصنفين، يجب الإحتياط بإتباع إحدى الطرق الآتية:
أولا- إيقاف توزيع تركة الميّت الذي من ضمن ورثته خنثى مشكل، حتى يتّضح أمر الخنثى، هذا إذا لم يُضرّ التأخير بمصلحة بقية الورثة.
ثانيا- إذا اقتضت مصلحة سائر الورثة تقسيم التركة، فعلى القاضي أو المفتي القيام بتوزيعها على أن يراعي اثناء القسمة إحدى الصور الست الآتية:
الصورة الأولى: أن يتساوى ميراث الخنثى على كلا التقديرين (تقدير كونه ذكرا وتقدير كونه أنثى)، فحينئذ لا إشكال في توزيع التركة كما يلي:

الورثة:	أب	أم	بنت	ولد لأم الخنثى	
الفروض:	٦/١	٦/١	٢/١	٦/١	والمسألة من (٦)
الأسهم:	١	١	٣	١	

وللخنثى الباقي ذكرا كان أم أنثى[1] في الفقه السني، لكن في الفقه الجعفري والقانون لا يرث الخنثى لأنه محجوب بالبنت. وقد اقرّت الفقرة الثانية من (م٩١) من قانون الأحوال الشخصية العراقي المعدل رقم (١٨٨) هذا الحجب.

[1] لأنه إما أخ من الأم أو أخت من الأم، وفي كلتا الحالتين له السدس.

الصورة الثانية: أن يرث على تقدير الأنوثة دون الذكورة:

الورثة:	زوج	شقيقة	ولد لأب خنثى
الفروض:	١/٢[1]	١/٢[2]	—
الأسهم:	٣	٣	—

فإذا كان ذكرا يُحجب بالإستغراق لأنه عصبة، وإذا كان أنثى له (١/٦) تكملة للثلثين. فالمسألة من (٦) وتعول إلى (٧).

للزوج ٣/٧، وللشقيقة ٣/٧، وللخنثى (الأخت لأب) (١/٧).

وعند الجعفرية وفي القانون العراقي: لا يرث هذا الخنثى ذكرا كان أو أنثى، لأنه يُحجب بالأخت الشقيقة، لكونه من الدرجة الثانية من المرتبة الثانية، والأخت الشقيقة من الدرجة الأولى، وقد نصت (م٨٩/٤) المعدلة على أنه "تكون الأخت الشقيقة بمثابة الأخ الشقيق في الحجب".

فعلى القاضي في الفقه السني أن يحتفظ بسُبع التركة، فإذا تبين أنه ذكر يُعاد إلى سائر الورثة، لأنه يُحجب بالإستغراق.

الصورة الثالثة: أن يرث على تقدير الذكورة دون الأنوثة:

الورثة:	زوج	جدة	ولد اخ ش. خنثى
الفروض:	١/٢	١/٦	ق
الأسهم:	٣	١	٢

فإذا تبين أنه ذكر يأخذ الباقي، لأنه من العصبات، وإذا ظهر أنه أنثى لا يرث شيئا لأنه من ذوي الأرحام. فيُرد الباقي على الجدة أو على الزوج والجد على رأي من يرى أن للزوج والزوجة حقاً في الرد. وعند الجعفرية له الباقي في الحالتين ذكرا أو أنثى، لأنه يحل محل والده ويأخذ استحقاقه لو كان على قيد الحياة.

---

[1] لعدم وجود فرع وارث

[2] لأنها واحدة لم تُعصب ولم تُحجب.

الصورة الرابعة: أن يرث بتقدير الأنوثة أكثر من إرثه بتقدير الذكورة:

الورثة:	زوج	أم	ولد لأب خنثى	المسألة من (٦)[1]
الفروض:	١/٢	١/٣	ق	
الأسهم:	٣	٢	١	

فإذا كان ذكرا له الباقي الذي يساوي (١/٦) لأنه عصبة، وإذا كان أنثى لـه النصف (٣/٦) فتعول إلى (٨). لأن للأخت الشقيقة أو للأخت مـن الأب نصف التركة إذا كانت واحدة لم يُعصبها أحد ولم تُحجب.

بعد العول:	٣/٨	٢/٨	٣/٨

وعند الجعفرية يكون محجوبا بالأم، لأنه من المرتبة الثانية والأم من المرتبة الأولى.

الصورة الخامسة: هي أن يرث بتقدير الذكورة أكثر من إرثه بتقدير الأنوثة، ويُعمـل بمـا هو متيقن بالنسبة له ولسائر الورثة، فيُوقف الباقي إلى أن يتبين أمره، فـإذا مـات قبل ذلك ليس لورثته شيء من هذا الموقوف، لأنه مشكوك فيه.

الورثة:	زوج	أب	ولد الإبن الخنثى المشكل	
الفروض:	١/٤	١/٦	١/٢ على تقدير الأنوثة	أصل المسألة من (١٢)[2]
الأسهم:	٣	٢	٦ على تقدير الأنوثة	

يوقف الباقي (سهم واحد ١/١٢)، فإن تبين أنه ذكر، أخذه. وإن ظهـر أنـه أنثـى رُدَّ للأب في الفقه السني،[3] ولها وللأب بنسبة فروضهما في الفقه الجعفري.

الصورة السادسة: هي أن الخنثى المشكل لا يرث في جميع الأحوال، ســواء أكـان ذكـرا أم أنثى، لأنه يُحجب بوارث اقوى منه قرابة.

الورثة:	زوج	إبن	ولد الإبن الخنثى
الفروض:	١/٤	ق	لا شيء
الأسهم:	١	٣	

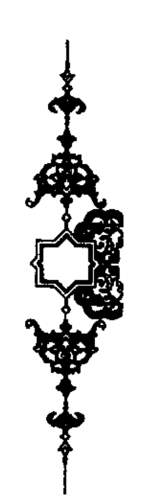
---

[1] حاصل ضرب (٢×٣)

[2] حاصل ضرب (٢×٦) أو (٣×٤).

[3] لأنه يرث السدس فرضا والباقي تعصيبا في هذه الحالة.





القسم الثاني

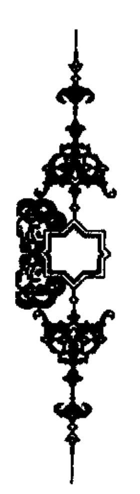
أحكام الوصية

﴿ كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِن تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ ۖ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ ﴿١٨٠﴾ ﴾

البقرة : ١٨٠

((ما حَقُّ امرِئٍ مُسْلِمٍ لَهُ شَيْءٌ يُوصَى فِيهِ يَبِيتُ لَيْلَتَيْنِ إِلَّا وَوَصِيَّتُهُ عِنْدَهُ مَكْتُوبَةٌ))

متفق عليه





المقدمة

حقيقة الوصية، حكمة مشروعيتها، حكمها التكليفي، مصادر أحكامها.

حقيقة الوصية

عرّفها ابن عرفة بأنها: "عقد يوجب حقا في ثلث عاقده يلزم بموتـه، أو نيابـة عنـه بعـد وفاته"[١].

وعرّفها المشرّع العراقي بأنها: "تصرف في التركة مضاف إلى مـا بعـد المـوت، مقتضـاه التمليك بلا عوض."[٢] وهو قريب من تعريف الحنفية.[٣]

واختيار هذا التعريف مبني على أساس أن الوصية نـوع مـن أنـواع عقـود التبرعـات المالية، تنشأ بالإرادة المنفردة، وسبب من أسباب كسب الملكية.

وإلا فالوصية أعم مما يتناوله هذا التعريف، فهي تشمل بالإضافة إلى ذلك: إبراء المـدين من الدين، وإبراء الكفيل مما تكفل به، وأداء واجب عليه كحج وجـب عليـه ولم يحـج، وزكـاة وجبت في ماله ولم يدفعها، ورد الأمانات إلى اهلها وتسديد الديون الواجبة عليه وغير ذلك.

---

١ حاشية الدسوقي على الشرح الكبير في الفقه المالكي ٤٢٢/٤. ومن مزايا هذا التعريف أنـه بالإضـافة إلى دلالته على عناصر الوصية يدل على بعض أحكامها، منها: أن الوصية عقد، وأنهـا عقد غير لازم في حياة الموصي، وتصبح عقداً لازما بعد الوفاة، وأنها تكون في حدود الثلث ولا يجوز في أكثر من ذلك إلا بإجازة الورثة، وأن الموصى به قد يكون حقاً وقد يكون نيابة عنه بعد وفاته كما في الإيضاح..

٢ المادة (٦٤) من قانون الأحوال الشخصية المعدل رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩، ويقـرب منهـا المـادة الأولى من قانون الوصية المصري النافذ،، والمادة (٢٠٧) من مشروع القانون السوري، والفصـل (١٧١) مـن مجلـة الأحـوال الشخصـية التونسية، والمـادة (٢٠٤) من مشـروع القـانون العربـي الموحـد للأحـوال الشخصية.

٣ في تكملة فتح القدير ٤١١/١٠: "الوصية في اللغة اسم بمعنـى المصـدر الـذي هـو التوصـية، ومنـه قولـه تعالى: (حين الوصية)، ثم سمي الموصى به وصية، ومنه قوله تعالى ﴿من بعد وصية توصون بهـا أو دين﴾".

وفي الشريعة: تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع، سواء كان ذلك في الاعيان أو في المنافع.

تبرعات المريض مرض الموت تخضع لأحكام الوصية:

كل تصرف صادر من المريض مرض الموت سواء كان منجزاً أم مضافا إلى ما بعد الموت تسري عليه بعض أحكام الوصية إذا مات في هذا المرض وكان التصرف بلا عوض أو بعوض صوري (محاباة).

وهذا ما استقر عليه رأي جمهور فقهاء الشريعة،[1] وأخذت به التشريعات الوضعية ومنها القانون العراقي.[2]

وتشخيص مرض الموت يتم إما عن طريق الطب الحديث والطبيب المختص أو عن طريق وفاة المريض به وقد يخضع ذلك لتقدير القاضي.[3]

---

[1] وخالفهم فقهاء الظاهرية، فلم يفرقوا بين تصرفات مرض الموت وحالة الصحة.
قال ابن حزم (المحلى ٣٤٨/٩): "كل ما انفذ في حال المرض من هبة أو صدقة أو محاباة في بيع أو هبة من رؤوس أمواله -أي لا من ثلثها- لقوله تعالى: ﴿وافعلوا الخير﴾ وقوله تعالى: ﴿ولا تنسوا الفضل بينكم﴾، فلم يميز بين صحيح ومريض.

[2] المادة (١١٠٩) من المدني النافذ:
"١- كل تصرف ناقل للملكية يصدر من شخص في مرض الموت مقصود به التبرع أو المحاباة، يُعتبر كله أو بقدر ما فيه من محاباة تصرفا مضافا الى ما بعد الموت وتسري عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التي تُعطى له.
٢- ويعتبر في حكم الوصية ابراء المريض في مرض موته مدينه وارثا كان أو غير وارث وكذلك الكفالة في مرض الموت".
والمادة (١/١١١): "إذا أقرّ شخص في مرض موته بدين لوارث أولغير وارث، فإن جاء اقراره على سبيل التمليك كان بحكم الوصية".
وهو ما سار عليه مشروع القانون المدني الجديد (م٢٣٠) وزاد عليه ما يلي: "على ورثة المتصرف أن يثبتوا أن التصرف القانوني قد صدر عن مورثهم وهو في مرض الموت. ولهم اثبات ذلك بجميع الطرق. ولا يحتج الورثة بتأريخ السند إذا لم يكن هذا التأريخ ثابتاً.
وإذا أثبت الورثة أن التصرف صدر عن مورثهم في مرض الموت اعتبر التصرف صادرا على سبيل التبرع ما لم يثبت من صدر له التصرف عكس ذلك.

[3] قضت محكمة التمييز بقرارها المرقم ١٣٣٨/ مدنية ثانية/٩٧٥ في ١٩٧٥/١١/٣، بأن: "الشيخوخة ليست مرض موت وكذلك الشلل وان ألزم صاحبه الفراش وطالت مدته، ما دام لا يُشكل خطراً داهماً على حياة المصاب به، فإذا اشتد أصبحت حالة المريض بسببه تُنذر بدنو الأجل، واستمر المرض بالإشتداد حتى انتهى بالوفاة قبل مرور سنة على هذا الإشتداد، فيكون المرض مرض الموت من الوقت الذي اشتد فيه لا من تأريخ الإصابة به.

ومما تجدر الإشارة إليه في هذا المجال، أن ما ورد في بعض النصوص القانونية وفي اقـوال الشراح والمؤلفين من أن تبرعات المريض مرض الموت تخضع لأحكام الوصية لا يجوز الأخذ بـه على اطلاقه بل يجب ان يقيد ببعض الأحكام دون بعض، كما في الإيضاح الآتي:

الأحكام المشتركة:

١- يوقف نفاذ ما زاد على الثلث على اجازة الورثة في كل من الوصية وتبرعات المريض مرض الموت.[1]

٢- عدم صحة كل منهما للوارث عند من لا يجيز الوصية للوارث مطلقاً أو إلاَ بإجـازة الورثة.

٣- اخراج كل منهما من الثلث الصافي بعد نفقات تجهيز المتوفى وتسديد ديونه.

الأحكام المختلف فيها:

١- لا يحق للمتبرع في مرض الموت أن يتراجع عن تبرعه قبـل وفاتـه، لأنـه تصـرف لازم، باستثناء الهبة قبل القبض.[2] لكن للموصي الرجوع عن وصيته متـى شـاء قبـل وفاته، لأن التبرع بها مشروط بالموت.

٢- ان قبول التبرع في مرض الموت أورده علـى الفـور في حـال حيـاة المتـبرع ان لم يكـن مضافا إلى ما بعد الموت، لأن المفروض أنه تصرف لازم، بخلاف الوصية فإنه لا حكـم لقبولها أو ردها عند جمهور الفقهاء إلا بعد وفاة الموصي.

وقضت أيضا بقرارها ٢٥٤/ الهيئة العامة الأولى/ ٩٧٣ بأنـه: "يُعتبر المصاب بسرطان الكبد مريضا مرض الموت، إذا مات قبل مرور سنة على مرضه، بعد أن زادت علته سواء، كان صاحب فراش أم لم يكن. وإذا كان المريض قد نظم سندا في فترة مرضه ولم يكن للسند تـأريخ ثابت رسميا، فيُعتبر منظما في فترة مرض الموت باعتبار ان الحادث يُضاف الى أقرب أوقاته".

[1] الهداية شرح بداية المبتدي مع تكملة فتح القدير ٤٢٣/١٠.

[2] في الخرشي على مختصر سيدي خليل في الفقه المالكي(١٧٢/٨): "وأما ما بذله المريض في مرضه من صدقة أو حبس (وقف) أو هبة، فليس له الرجوع فيه، إن حكمه حكم الوصية".

في التاج المذهب–الفقه الزيدي–(٣٥٩/٤): "ولا رجوع له في حال مرضه ولا بعد زواله فيما ينفذ من رأس المال وفيما ينفذ من الثلث، إلا فيما يصح فيه الرجوع كالهبة ما لم يحصل أحد الموانع".

٣- عند التزاحم تُقدم تبرعات مرض الموت على الوصية، لأن هذه التبرعات أصبحت لازمة في حياة المتبرع بها بخلاف الوصية.[١]

حكمة مشروعية الوصية:

مقتضى القواعد العامة هو عدم جواز الوصية، لأنها تصرف مضاف إلى زمن لا يملك الموصي سلطة هذا التصرف،[٢] لكن الشارع الحكيم أجازها استثناءً، بل حث عليها لما فيها من مصلحة الموصي والموصى له.

أما مصلحة الموصي: فهي عبارة عما يناله من الأجر والثواب في دار الآخرة،[٣] وما يحصل عليه من الثناء والتقدير في الدنيا، فالإنسان قد تفوته في الدنيا أعمال البر في ما مضى من حياته أو يقصر فيها، ثم يتدارك بوصيته ما فاته، أو قصّر فيه[٤]. بالإضافة إلى ذلك فإنه يكافئ بوصيته من أسدى إليه في حياته جميلا أو قدم إليه معروفا في وقت يُخشى أن يتبرع بماله تبرعا نافذا لازما، لأنه قد تمتد به الحياة فيحتاج إلى الموصى به، فيُمكنه الرجوع عن الوصية، ولكن لا يستطيع ذلك في تبرعاته النافذة اللازمة.[٥]

أما مصلحة الموصى له: فإنه قد يكون فقيرا يسد بالموصى به حاجته، وقد يكون مؤسسة خيرية ذات نفع عام كالمسجد، والمستشفى والمكتبة العامة.. فيتحول المال الموصى به من الأموال الخاصة إلى الأموال العامة، ينتفع بها الجميع.

ثم قد يُستعاض بالوصية عما يحرم منه بعض الورثة من الميراث لمانع كاختلاف الدين أو لحاجب كوارث اقرب.. فمن حكمة الوصية انها تحل محل الميراث عند حرمات الوارث لأي سبب كان.

ومن الجدير بالذكر ان الإسلام شرع أسباباً كثيرة لمساهمة أفراد المجتمع في التكافل الإقتصادي منها الزكاة والوقف والوصية... وغيرها من عشرات السبل والوسائل التي لها

---

[١] لمزيد من التفصيل راجع المغني لأبن قدامة ٦/٧٢-٧٣.

[٢] أي وقت ما بعد الوفاة.

[٣] في بدائع الصنائع للكاساني (٤٨٣٨/١٠): "القياس يقتضي الجواز وهو ان الإنسان يحتاج الى ان يكون ختم عمله بالقربة زيادة على القرب السابقة"..

[٤] في الخرشي (١٦٧/٨): (حكمة الوصية زيادة الزاد في الأعمال).

[٥] لمزيد من التفصيل راجع التركة وما يتعلق بها من حقوق لأستاذنا المرحوم الشيخ عبدالرحيم الكشكي (رحمه الله) ص١٤٥ وما بعدها.

أهميتها في التكافل الإقتصادي والإجتماعي، وفيها التعاون علـى الـبر والتقـوى وبصـورة خاصة ان في الوصية نفعا كثيرا للآخرين دون أن تلحق ضررا ماديا أو معنويـا بالموصـي في حياته.

الحكم التكليفي للوصية:

اختلف فقهاء المسلمين في تحديد نوع الحكم التكليفي للوصية:

فمنهم من قال انها واجبة،[1] ومنهم من قال إنها مستحبة،[2] ومنهم من ذهب إلى غـير ذلك حسب التفصيلات الـواردة في المراجـع الفقهيــة الإسـلامية، وعلـى الـرغم مـن هـذا الإختلاف فإنهم متفقون على انها من حيث هي تخضع للأحكام التكليفية الخمسة (الوجوب، والندب، والحرمة، والكراهة، والإباحة) في ضوء طبيعة الموصى به وظروف الموصى له كما في الإيضاح الآتي:

١- واجبة: إذا كانت وصية بأداء وتسديد ما في ذمته مـن حقـوق الله، وحقـوق النـاس كالوصية بأداء زكاة وجبت في مـاله ولم يدفعها لمستحقيها، وبتسديد ديون متعلقة بذمته أو بماله.. وكالوصية لوارث لا يرث لمانع أو حاجب عند بعض الفقهاء.[3]

٢- مستحبة: وإن قصد بها التقـرب إلى الله كالوصـية للفقـراء والمسـاكين والمؤسســات الخيرية وللورثة الذين لا يرثون عند من لا يقول بالوصية الواجبة.[4]

---

[1] في المحلى (٣١٢/٩): "إنها فرض على كل من ترك مالا.. لقوله تعالى: ﴿من بعد وصية يوصي بهـا أو دين﴾، وبقول النبيﷺ ((ما حق امرئ مسلم له شيء يوصي فيه تبيت ليلـتين إلا ووصـيته مكتوبـة عنده)).

[2] نيل الأوطار ١٤٣/٦ سبل السلام. بلوغ المرام ١١٩/٢.

[3] في المحلى، المرجع السابق "الوصية فرض على كل من تـرك مـالا وفـرض علـى كـل مسـلم ان يوصـي لقرابته الذين لا يرثون، فإن لم يفعل أُعطوا ولابد". أي تُفترض الوصية وان لم يوص.

في المغني (٦/١): "ولا تجب الوصية إلا على من عليه دين أو عنده وديعة أو عليه واجب يوصي بـالخروج منه، فإن الله فرض أداء الأمانات".

وفي التاج المذهب (٣٦٠/٤): "وتجب الوصية والإشهاد على من له مال وعليه حق لآدمي أو لله".

وفي تنوير الأبصار (٦٤٨/٦): "وهي واجبة بالزكاة والكفارة والفديـة والصـيام والصـلاة الـتي فـرط فيهـا، ومباحة لغني، ومكروهة لأهل الفسوق وإلا فمستحبة".

[4] في الروضة البهية (٥٥/٢): "وتستحب الوصية لذوي القربى وارثـا كـان أم غـيره، لقولـه تعـالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ... الآية﴾ ولأن فيه صلة الرحم.

٣- محرمة: إن كان الموصى له جهة معصية:[١] كالوصية باطعام النائحات والمعزين وإقامة مجالس الفاتحة، كما هو متبع في حياتنا المعاصرة. وكالوصية بقصد الإضرار بالورثة وقد نهى القرآن عن ذلك في قوله تعالى ﴿مِن بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَى بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرَ مُضَآرٍّ﴾[٢].

٤- مكروهة: إذا كان الموصي قليل المال وكثير العيال، فتتعرض الورثة بالوصية للفاقة والحاجة والتكفف، كما أشار إلى ذلك الرسول الكريمﷺ حين قال لسعد بن أبي وقاص: ((ثلث والثلث كثير، إنك إن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تذرهم عالة[٣] يتكففون[٤] الناس)).[٥]

٥- مباحة: في غير الحالات الأربع السابقة.[٦]

في المغني (٦/٢): "وتستحب الوصية بجزء من المال لمن ترك خيرا، لأن آية ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمْ ...﴾ نُسخ فيها الوجوب وبقي الإستحباب في حق من لا يرث". والصواب أن يُقال إن الآية خُصصت بدلا من النسخ لعدم وجود النسخ في القرآن.

في التاج المذهب (٤٠٣/٤): "وندبت الوصية ممن له مال غير مستغرق بدين لآدمي أو لله، أي يوصي بثلثه حيث كان له وارث، وإلاّ فبالكل في القربة الى الله من حج وصدقة وبناء مسجد ومنهل ومعهد للعلم والإنفاق على طلبته والمعلمين...".

[١] في المحلى (٣٢٧/٩): "ولا تحل وصية في معصية لا من مسلم ولا من غير مسلم، لقوله تعالى: ﴿وَلاَ تَعَاوَنُواْ عَلَى الإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾

[٢] النساء : ١٢

[٣] جمع عائل وهو الفقير.

[٤] أي يسألون الناس بأكفهم.

[٥] متفق عليه. سبل السلام ١٣٧/٣.

[٦] في العدوي على الخرشي (١٦٨/٨): "ان حكمها ينقسم الى خمسة أقسام: فتجب إذا كانت بدين ونحوه، ويُندب إليها إذا كانت بقربة غير الواجب، وتحرم بمُحرم كالنياحة ونحوها، وتُكره إذا كانت بمكروه أو في مال قليل وتُباح إذا كانت بمباح..."

مصادر أحكام الوصية:

للوصية وأحكامها مصادر متعددة تبدأ بالقرآن وتنتهي بالعقل السليم:

١- القرآن الكريم: وردت آيات متعددة بصدد أحكام الوصية، منها قوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِن تَرَكَ خَيْراً الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالأقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقّاً عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾[1].

وكانت الوصية واجبة للوالدين والأقربين بمقتضى هذه الآية، لكن بعد أن جاءت آيات الميراث وحددت نصيب كل وارث اقتصر حكمها على غير الورثة، كما أكّد ذلك قول الرسولﷺ: ((إن الله اعطى كل ذي حق حقه، فلا وصية للوارث)).[2]

ب- السنة النبوية: للرسولﷺ أقوال كثيرة حول الوصية وأحكامها، منها: ((إن الله تصدق عليكم بثلث أموالكم عند وفاتكم زيادة في حسناتكم)).[3]

ج- الإجماع : اتفق فقهاء الشريعة منذ صدر الإسلام إلى يومنا هذا على أن الوصية في حدود الثلث مستحبة، إذا قُصد بها التقرب إلى الله وتوفرت أركانها وشروطها.

د- المعقول: يقضي العقل السليم بأن الإنسان يحتاج إلى أن تكون خاتمة أعماله عملا خيراً يُضاف إلى أعماله السابقة الصالحة، ويتدارك بها ما فرط منه في حياته وذلك بالوصية.

أوجه الشبه والإختلاف بين الوصية والميراث:

الوصية كالميراث في أن ملكية الموصى به لا تنتقل إلى الموصى له إلاّ بعد وفاة الموصي، ولكن تختلف في بعض الأحكام منها:

١- انتقال ملكية التركة إلى الورثة تكون بإرادة إلهية، فلا دخل لإرادة كل من الوارث والمورث في ذلك. وبناء عليه فإن اقرار المورث بأنه قد أحرم وارثه فلانا من التركة لغو لا يُعتد به.

---

[1] البقرة : ١٨٠

أما مصدر الوصية ذاتها فهي الإرادة المنفردة أو العقد المتكون من إرادتين كما سيأتي تفصيل ذلك.

[2] رواه احمد والأربعة إلا النسائي، وحسّنه أحمد والترمذي ورواه الدار قطني من حديث ابن عباس، وزادة في آخره "إلاّ أن يشاء الورثة" سبل السلام ١٣٨/٣.

[3] رواه الدار قطني وأخرجه احمد والبزار من حديث ابي درداء. المرجع السابق ١٤٠/٣.

٢- أساس الميراث القرابة أو الزوجية في حين أن توفر هذا الأساس ليس شرطا بالنسبة للوصية، لأن مصدرها الإرادة المنفردة، فللموصي أن يوصي لمن يشاء، ما لم تتعارض وصيته مع الشريعة الإسلامية.

٣- ملكية الورثة في التركة قبل التقسيم دائما تكون على سبيل الشيوع، بخلاف ملكية الموصى له، فإنها قد تكون على وجه الشيوع، إذا كانت بنسبة معينة منها كالثلث والربع... وقد تكون مفرزة ومحددة إذا كان الموصى به عينا معينة كالوصية بداره أو سيارته أو غيرهما من الأعيان أو المنافع.

٤- اختلاف الدين مانع من الميراث بنص الحديث الشريف ((لا يتوارث أهل الملتين))، وبإجماع الفقهاء. بخلاف الوصية، فإنها تجوز من المسلم لغير المسلم ومن غير المسلم للمسلم.

بعد هذه المقدمة نبدأ بدراسة عناصر وأحكام الوصية في فصلين يخصص الأول منهما لعناصرها، والثاني لأحكامها.

الفصل الأول
عناصر الوصية

المقصود بالعناصر هي الأركان والشروط، وهي عادة تؤخذ من تعريف الموضوع، وتعريف الوصية بأنها "تصرف في التركة مضاف إلى ما بعد الموت، مقتضاه التمليك بلا عوض". يُستقى منه ان هذا التصرف لا يُمكن أن ينشأ ويُرتب آثاره الشرعية ما لم تتوفر فيه عناصر أربعة وهي:

الصيغة، والموصي، والموصى له والموصى به.

وان هذه العناصر سماها فقهاء المالكية[1] والشافعية[2] بالآركان على أساس أن ركن الشيء ما به قوامه، ولا يُتصور وجوده بدونه.

وتأسياً بأسلوب هؤلاء الفقهاء العظام، نوزع دراسة هذه العناصر وشروطها على أربعة مباحث، حتى ينفرد كل عنصر بمبحث مستقل زيادة للفائدة وتكثيها للإيضاح.

---

[1] الخرشي ٨/١٦٧. "الركن الثاني هو الموصي له".

[2] في مغني المحتاج ٣/٣٩: "وأركان الوصية أربعة: الموصي والموصى له والموصى به والصيغة".

المبحث الأول
صيغة الوصية

صيغة الوصية هي ما يُنشئ به الموصي وصيته من عبارة،[١] أو كتابة، أو اشارة، ويُشرط في الصيغة التي تُعبر عن ارادة الموصي أن تكون بالعبارة أو بالكتابة عند القدرة عليهما، فإذا عجز عنهما تنعقد وصيته بالإشارة المُفهِمة، فالناطق الكاتب ان شاء أوصى بعبارته وإن شاء أوصى بكتابته، ولكن لا تُقبل منه الوصية بالإشارة وإن كانت مفهِمة عند جمهور الفقهاء.[٢]

والكاتب غير الناطق يُنشئ وصيته بالكتابة، والأخرس الذي لا يحسن الكتابة يكون إيجابه بالإشارة المفهمة الدالة على انشاء الوصية.[٣]

قبول الوصية:

اتفق فقهاء المسلمين على ان الايجاب من الموصي لابد منه، لأنه ركن بالإجماع، ولكنهم اختلفوا في دور القبول وتحديد طبيعته، هل هو ركن أيضا أو شرط، ثم إذا كان شرطا فهل هو شرط الصحة أو شرط اللزوم؟ أو ليس بركن ولا شرط؟

وللإجابة على هذه الأسئلة، من الضروري تحديد محل الخلاف حتى يتبين لنا ما هو المتفق عليه، وما هو المختلف فيه.

---

[١] كأن يقول أوصيت لفلان بداري الواقعة في محلة كذا أو بسكناها، أو لفلان مبلغ كذا، أو يقول أوصيت بثلث أو ربع أو خمس أموالي.

[٢] عند فقهاء المالكية تجوز الوصية بالإشارة المفهِمة، وإن كان الموصي قادرا على العبارة والكتابة. ففي الخرشي (١٦٧/٨): "بلفظ أو اشارة هذا هو الركن الثالث وهي الصيغة. والمعنى ان الوصية تكون بلفظ صريح كأوصيت ويكون بلفظ غير صريح يُفهم منه ارادة الوصية كالإشارة، ولو من القادر على الكلام".

[٣] وبهذا الترتيب أخذ المشرع المصري (م٢) والسوري(م٢٠٨) ولم يتطرق المشرع العراقي لصيغة الوصية اكتفاءً بالقواعد العامة وبالفقه الإسلامي الذي هو المرجع في كل ما لم يتناوله قانون الأحوال الشخصية بالنص.

أولا- استقر رأي جمهور الفقهاء المسلمين على المسائل الآتية:

١- صيغة الوصية التي يُنشئ بها الموصي وصيته من عبارة أو ما يقوم مقامها من كتابة أو إشارة ركن الوصية، ويُطلق عليها تعبير "الإيجاب" في اصطلاح فقهاء الشريعة والقانون.

٢- الوصية عقد غير لازم قبل وفاة الموصي وقبل قبول الموصى له، إذا كان أهلا للقبول، فهي تبطل برجوع الموصي في حياته، أو برد الموصى له بعد وفاة الموصي.

٣- إن القبول ليس بركن ولا شرط صحة في حالة كون الموصى له أشخاصا غير محصورين، كالفقراء، أو شخصا معنويا كالمسجد وسائر المؤسسات الدينية والخيرية ذات النفع العام.[1]

٤- ان كلاً من القبول والرد لا يُعتد به إلاّ بعد وفاة الموصي.[2]

٥- ان الوصية لشخص معين أو اشخاص محددين لا يصبح عقداً لازما إلا بالقبول صراحة أو ضمنا بعد وفاة الموصي.

٦- إن الموصى له إذا مات بعد وفاة الموصي، قبل القبول أو الرد، يقوم وارثه مقامه في القبول أو الرد، لأن كل حق مات عنه المستحق فلم يبطل بالموت ينتقل إلى ورثته، وبناء على ذلك فإن رد الوارث الوصية بطلت، وإن قبلها صحت. وإن كان الوارثون

---

[1] في الخرشي (٨/١٦٩): "إن الوصية إذا كانت لشخص معين كزيد مثلا فإن قبوله لها بعد موت الموصي شرط في وجوبها له، وأما إذا كانت على غير معين كالفقراء، فإنه لا يُشترط في حقهم القبول".
وفي المهذب (٢/٤٥٢): "وإن كانت الوصية لغير معين لزمت بالموت لأنه لا يمكن اعتبار القبول بعد الموت لتعذر ذلك في جميعهم".
وفي المغني (٦/٢٥): "وإن كانت لغير معين كالفقراء والمساكين ومن لا يمكن حصرهم أو على مصلحة كمسجد لم يفتقر الى قبول ولزمت بمجرد الموت".
وفي الروضة البهية (٢/٣٢): "إنما يفتقر الى القبول من يمكن في حقه كالمحصور لا غيره كالفقراء أو الفقهاء أو المسجد والقنطرة".

[2] في المهذب (١/٤٥٢): "ولا يصح القبول إلاّ بعد الموت، لأن الإيجاب بعد الموت فكان القبول بعده".
ولكن قال بعض الفقهاء كالزيدية (التاج المذهب ٤/٣٨٣): القبول يُعتد به في حياة الموصي، والرد لا يُعتد به إلاّ في مجلس انشاء الوصية أو بعد العلم بها مباشرة. وقال بهذا الإتجاه المالكية كما يأتي، ولكن الجمهور على أن القبول والرد لا يُعتد بهما قبل وفاة الموصي.

جماعة اعتبر القبول أو الرد من جميعهم. وهذا الحكم ثابت حتى لدى القائلين بأن القبول ركن.[١]

ثانيا: اختلفوا في المركز الشرعي للقبول:

أ- عند أبي حنيفة وصاحبيه (أبي يوسف ومحمد-رحمهم الله): القبول ركن أو أن الإيجاب والقبول يشكلان ركن الوصية، فما لم يتحقق القبول لا يتم الركن، ولكن يكفي ان يكون القبول ضمنياً كعدم الرد.[٢]

ب- لدى جمهور الفقهاء: القبول ليس ركنا ولا جزءً من الركن ولا شرطا للصحة، وإنما هو شرط اللزوم، لأن ملك الموصى له بمثابة ملك الوارث يتحقق بعد الوفاة، فكما ان الثاني لا يحتاج إلى القبول فكذلك الأول.

وبناء على ذلك يُعتبر الموصى به ملكا للموصى له من تأريخ الوفاة ويكون للقبول الأثر الرجعي ما لم يقم دليل على خلاف ذلك، فله زوائده وفوائده وثماره،[٣] وعليه نفقته وقد أخذ بهذا الإتجاه أكثر التشريعات العربية.[٤]

---

[١] في بداية المبتدي والهداية وتكملة فتح القدير (٤٢٩/١٠): "والموصى به يملك بالقبول إلا في مسألة واحدة وهي أن يموت الموصي ثم يموت الموصى له قبل القبول، فيدخل الموصى به في ملك ورثته استحسانا والقياس ان تبطل الوصية لما بيّنا ان الملك موقوف على القبول، فصار كموت المشتري قبل قبوله بعد ايجاب البائع.

وجه الإستحسان: ان الوصية من جانب الموصي قد تمت بموته تماما لا يلحقها الفسخ من جهته، وإنما توقفت لحق الموصى له، فإذا مات دخل في ملكه كما في البيع المشروط فيه الخيار للمشتري إذا مات قبل الإجازة.

وجه القياس: "ان القبول أحد ركني العقد وقد فات بالموت فيبطل الركن الآخر، كما إذا أوجب البيع ثم مات قبل القبول أو أوجب الهبة ثم مات الموهوب له قبل القبول أن يبطل الإيجاب".

[٢] في بدائع الصنائع (٤٨٤١/١٠): "واما ركن الوصية قد اختلف فيه: قال اصحابنا الثلاثة-رحمهم الله- هو الإيجاب والقبول، وان شئت قلت ركن الوصية الإيجاب من الموصي وعدم الرد من الموصى له".

[٣] وفي الخرشي (١٦٩/٨): "وإذا قبل بعد الموت بقرب أو بعد طول زمان، فإن الغلة الحادثة بعد الموت وقبل القبول تكون للموصى له، لأن الملك انتقل إليه بمجرد الموت".

وفي المهذب (٤٥٢/١): "وإن كانت لمعين لم يلزم إلا القبول، لأنه تمليك لمعين، فلم يلزم من غير القبول".

وفي الروضة البهية (٤٣/٢): "ومن جواز رجوع الموصي مادام حيا والموصى له كذلك ما لم يقبل بعد الوفاة انها من العقود غير الجائزة (اللازمة)".

[٤] المادة (٢٠) قانون الوصية المصري: "تلزم الوصية بقبولها من الموصى له صراحة أو ضمنا بعد وفاة الموصي".

وهناك رأيان آخران لبعض الفقهاء:

أحدهما: القبول شرط الصحة.[1]

وثانيهما: ليس شرطا مطلقا لا للصحة ولا للزوم.[2]

ويترتب على القول بأن القبول شرط الصحة عدم استحقاق الموصى له للموصى به وزوائده إلا بعد القبول، وإن القبول ليس له الأثر الرجعي، فالزوائد والفوائد والنتائج المترتبة على العين الموصى بها بين الوفاة والقبول ملك للورثة، وعليهم نفقة الموصى به خلال هذه الفترة.

والأفقه من وجهة نظري هو أن الوصية عقد ينعقد بالإرادة المنفردة، لأنه من عقود التبرعات وأنه عقد غير لازم لجواز رجوع الموصي عن وصيته متى شاء، ولكنه معلق ضمنا على شرط يكون بمثابة الشرط الواقف من الناحية الإيجابية وهو القبول صراحةً أو ضمنا، وبمثابة الشرط الفاسخ من الناحية السلبية وهو الرد، ويكون لكل من الشرطين الأثر الرجعي إلى وقت الوفاة، فإذا حصل القبول صراحة أو ضمنا (كالسكوت وعدم الرد) تُعتبر ملكية الموصى له للموصى به قائمة منذ وفاة الموصي، فله ثماره ونتائجه وغلته، وعليه نفقته خلال الفترة الواقعة بين وفاة الموصي وبين قبول الموصى له، بناء على ان للشرط الواقف الأثر الرجعي، وهذا ما نص عليه بعض التشريعات العربية.[3] وأما إذا رد الموصى له الوصية فيعتبر الرد شرطا فاسخا بالأثر الرجعي وتعتبر الوصية كأنها لم تكن.

المادة (٢٣٠) من القانون السوري: "إذا كان الموصى له موجودا عند موت الموصي، استحق الموصى به من حين الموت ما لم يُفد نص الوصية ثبوت الإستحقاق في وقت معين بعد الموت. وتكون زوائد الموصى به من حين الموت ملكا للموصى له وعلى الموصى له نفقة الموصى به منذ استحقاقه له".

والفصل (١٨١) التونسي: "الموصى له استحق الوصية مع ما زاد فيها من زمن وفاة الموصي.

والمادة (٢٠٨) مشروع القانون العربي الموحد: "فالصيغة فيها هو الإيجاب إما قبول الموصى له فهو شرط للزومها".

[1] المغني لأبن قدامة (٦/٢٥): "فإذا قبل ثبت الملك له من حين القبول في الصحيح من المذهب أي مذهب أحمد– وهو قول مالك وأهل العراق".

[2] في المهذب (١/٤٥٣): "وروى ابن عبدالحكم قولا ثالثا للشافعي أنه (الموصى به) يُملك بالموت". أي ملكية مستقرة غير محتاجة الى قبول الموصى له.

[3] كالتونسي الفصل (١٨١) والسوري (م٢٣٠).

الرجوع عن الوصية:

يجوز للموصي بعد ايجابه، الرجوع عن الوصية كلها أو بعضها صراحة أو دلالة (ضمناً) باتفاق فقهاء المسلمين والقوانين الوضعية. ويُعلل جواز هذا الرجوع بوجهين:

أحدهما: انها تبرع لم يتم لأن تمامها بموت الموصي، والتبرع التام كالهبة جاز الرجوع فيه، ففيما لم يتم يكون الرجوع أولى.

وثانيهما: أن القبول يتوقف على موت الموصي، والإيجاب الذي لم يتصل به القبول جاز ابطاله في المعاوضات كما في البيع، فيكون الجواز في التبرعات من باب أولى.[1]

رد الوصية:

لرد الوصية من الموصى له، أو ممن ينوب عنه التفصيل الآتي:

أ- إذا كان الرد قبل موت الموصي يُعتبر لغوا ولا يُعتد به، لأن الوصية لم تتحقق بعد، ولأن الموصى له في حياة الموصي لم يملك الموصى به، فلم يملك اسقاطه كالشفيع إذا عفا عن الشفعة قبل البيع.

ب- إذا كان الرد بعد الموت وقبل القبول صح الرد وبطلت الوصية.

ج- إذا كان الرد بعد القبول وقبل القبض يكون باطلا، ما لم يكن الموصى به مكيلا أو موزونا، لأن ملك الموصى له عندئذ استقر على الموصى به فيكون الرد بمثابة رده لسائر ما يملكه.[2]

أما إذا رضي ورثة الموصي بهذا الرد فإن الوصية تتحول إلى الهبة من الموصى له لورثة الموصي. ويفتقر هذا التحول إلى توفر شروط الهبة بالنسبة للطرفين (الواهب والموهوب له).

د- إذا كان بعد القبول وقبل القبض وكان الموصى به مكيلا أو موزونا، صح الرد لأنه لا يستقر ملك الموصى له من المكيلات والموزونات بمجرد القبول قبل القبض والإفراز، فهو بمثابة الرد قبل القبول.

هـ- الوصية لغير معين كالفقراء لا تُرد برد واحد منهم.

---

[1] بداية المبتدي والهداية مع تكملة فتح القدير ٤٣٦/١٠. الخرشي ١٧٢/٨.

[2] المغني ٢٢/٦-٢٣.

و- رد الوصية يقبل التجزئة فيجوز الرد لبعض الوصية ومن بعض الموصى لهم. وتبطـل بالنسبة للمردود والمراد فقط.

ز- الوصية لشخص طبيعي معين تُرد برده إذا كان كامل الأهلية.

ح- السكوت لا يعتبر ردا وإنما يُعتبر قبولا، إذا مضت فترة يعتبرها العرف كافيا للقبول وهو عالم بالوصية وبوفاة الموصي وأهل للرد.

ويُعتبر قابلا ما لم تقم قرينة على أن السكوت ليس قبـولا، وإلا فللورثـة المطالبـة بالقبول أو الرد، فإن امتنع من أحدهما حُكم عليه بالرد، لأن الملك متردد بينه وبـين الورثة، كما لو تحجر أرضا ثم امتنع عن احيائها.[1]

ط- إذا مات الموصى له قبل الموصي بطلت الوصية ولا يقوم وارثه مقامه.

ولم يتطرق المشرع العراقي لهذه الأحكام، بل أحال القاضـي فيهـا إلى الفقـه الإسـلامي، بموجب المادة الأولى من قانون الأحوال الشخصية.

اطلاق وتقييد صيغة الوصية:

الوصية تصرف مضاف إلى ما بعد الموت، والصيغة التي ينعقد بها هذا التصرف يمكـن ان تكون مطلقة غير مقيدة بأي قيد[2] كأن يقول أوصيت بكـذا لفـلان، وأن تكـون مقيـدة بشرط فيه مصلحة مشروعة إما لموصي أو لموصى له، أو لطـرف ثالـث، وكـذلك يمكـن أن تكون معلقة على أمر ممكن الوقوع مستقبلا، كما يأتي:

أ- الشرط الذي يكون من مصلحة الموصي كأن يقول أوصيت بداري كذا لفلان علـى أن يتولى بعدي تربية وتعليم أولادي.

ب- والذي يكون من مصلحة الموصى له بأن يقول أوصيت بداري كذا لجهة كذا علـى أن يتم ترميمها وتعميرها وإكمال نواقصها من تركتي...

ج- ومن مصلحة شخص ثالث أن يقول-مثلا- أوصيت ببســتاني كـذا لفـلان علـى أن يُعطي حقوق الإرتفاق لجاره.

---

[1] المهذب ١/٤٥٣.

[2] المهذب ١/٤٥٢- ٤٥٣.

فالشرط في جميع هذه الحالات ملزم تجب رعايته.. اما إذا كان الشرط يتعارض مع مقتضى الوصية أو مع مقاصد الشريعة، فإنه يكون لغوا ولا يُعتد به ولا يُلزم به احد، كأن يقول أوصيت بداري كذا لفلان على أن لا ينتفع بها، أو على أن لا يتزوج مدى الحياة.

وجواز تقييد الوصية بالشرط الصحيح لم يعارض فيه فقهاء الشريعة باستثناء الظاهرية حيث قالوا كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل.[1]

وفي تصوري ان هذا الكلام من الظاهرية قد فُسِّر خطأ عند الكثيرين، لأنهم لا يقصدون أن يكون الشرط منصوصا عليه في كتاب الله، بل مرادهم أن لا يكون الشرط متعارضا مع ما في كتاب الله، وبذلك لا يبقى فرق جوهري بين الظاهرية وبين آراء بقية الفقهاء..

لم يتعرض المشرع العراقي لكل ما يتعلق بإطلاق وتقييد صيغة الوصية اكتفاءً بالقواعد العامة واحالةً للقضاء إلى الفقه الإسلامي.

شكلية الوصية:

لا خلاف بين فقهاء الشريعة[2] في ان كتابة الوصية مستحبة، لأنها عقد من عقود التبرعات، تترتب عليه حقوق الموصى له في الموصى به والتزامات الورثة في التنفيذ.. ولأن طلب كتابة الوصية ثبت بحديث متفق عليه وهو قوله ﷺ: ((ما حق امرئ مسلم له شيء يوصي فيه يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عنده)).[3] وانما الخلاف في الكتابة وحدها مطلوبة، أم أنها مشروطة بالإشهاد عليها، فمن قال: ان المطلوب هو الكتابة فقط مع الختم أو التوقيع أو بصمة الإبهام استدل بالحديث المذكور، حيث لم يرد فيه ذكر الإشهاد.

ومن قال أن المطلوب هو الكتابة مع الإشهاد استدل بقوله تعالى: ﴿يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهَادَةُ بَيْنِكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ اثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ[4] أَوْ آخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ إِنْ أَنْتُمْ ضَرَبْتُمْ فِي الأَرْضِ[5] فَأَصَابَتْكُمْ مُصِيبَةُ الْمَوْتِ﴾.[6]

---

[1] المحلى ٩/٣٤٢.

[2] باستثناء الظاهرية فالكتابة واجبة عندهم بناء على أصلهم القائل بأن كل أمر للوجوب.

[3] وفي رواية يريد أن يوصي فيه.. سبل السلام ٣/١٣٤. والمعنى ما الحزم والإحتياط للمسلم إلا ان تكون وصيته مكتوبة عنده إذا كان له شيء يريد أن يوصي فيه.

[4] أي من أهل دينكم، كما هو رأي أكثر المفسرين، أو من أقاربكم كما قال البعض، تفسير الرازي ١٢/١٢٢.

[5] أي كنتم في السفر

لكن الرأي الأول يَعتبر ان الحكم الوارد في هذه الآية خاص بحالة السفر.[2]

وذهب البعض إلى التفصيل: فقال ان كُلا من الكتابة والإشهاد واجب إذا كان الموصى به حقا للغير يوصي بوفاته، وذلك حذرا من ضياع حقوق الله وحقوق الآدميين.[3]

ولكن في جميع الإحتمالات: سواء أكانت الكتابة هي المطلوبة وحدها أم مع الإشهاد، وسواء أكان الطلب للإيجاب أم للإستحباب فإن فقهاء الشريعة متفقون على ان هذه الشكلية مطلوبة لغرض الإثبات فقط وعدم ضياع الحقوق، وإلا فالوصية صحيحة مطلقا سواء وجدت الشكلية أم لا.[4]

موقف المشرّع العراقي من الشكلية:

لم يخرج المشرع العراقي عن نهج فقهاء الشريعة في اعتبار الشكلية شرطا لإثبات الوصية لا لصحتها،[5] كما هو مبين في النصوص القانونية الآتية:

المادة (٦٥) الأحوال الشخصية:[6]

١- لا تُعتبر الوصية إلا بدليل كتابي موقع من الموصي أو مبصوم بختمه أو طبعة ابهامه.[7] فإذا كان الموصى به عقاراً أو مالاً منقولاً تزيد قيمته عن خمسمائة دينار وجب تصديقه من كاتب العدل.[8]

---

[1] سورة المائدة/١٠٦.

[2] سبل السلام ١٣٥/٣.

[3] التاج المذهب ٣٦٠/٤.

[4] المغني ٩٦/٦، الخرشي ١٩٠/٨.

[5] قضت محكمة التمييز في قرارها المرقم ٦٧٣ و٢١٧/ شرعية/ ٩٧٠ في ١٩٧٠/١٠/٢٠ بـ: "أن تصديق الوصية من الكاتب العدل ليس شرطا لصحة الوصية وفق المادة (٦٥) من قانون الأحوال الشخصية وإنما هو وسيلة لإثباتها".

[6] رقم (٨٨) لسنة ١٩٥٩ المعدل.

[7] يفهم من المادة (٦٥) أن الموصى به، إذا كان مالا منقولا لا تقل قيمته عن خمسمائة دينار، تثبت الوصية بدليل كتابي موقع من الموصي أو مبصوم بختمه أو طبعة إبهامه، لكن هذا لا يؤخذ به على إطلاقه، بل يجب ان يتم ذلك بحضور موظف عام مختص أو بحضور شاهدين وقعا على السند وفقا للمادة (٤٢) من قانون الإثبات رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩.

[8] وقد أصبحت هذه المادة في الوقت الحاضر بمثابة الملغاة من حيث العمل بها، لأن الوصية تُنظم من قبل القضاء.

٢- يجوز اثبات الوصية بالشهادة إذا وجد مانع مادي يحول دون الحصول على دليل كتابي".[1]

والمادة (٦٦) منه: "الوصية المنظمة من قبل المحاكم والدوائر المختصة قابلة للتنفيذ إذا لم يعترض عليها من قبل ذوي العلاقة".

والمادة (٢٤٩) من قانون التسجيل العقاري:[2]

١- تسجيل الوصية الواردة على حق الملكية العقارية سواء كانت الوصية بالتمليك أو بصرف ثمن العقار، أو بريع العقار بعد وفاة الموصي، وذلك بالإستناد إلى الأحكام القضائية الحائزة درجة البتات أو الحجج الشرعية، والوصية المنظمة من الكاتب العدل، ما لم يُعترض عليه من قبل ذوي العلاقة.

٢- إذا وقع اعتراض على الوصية غير المستندة إلى حكم قضائي، فيُكلف المعترض بمراجعة المحاكم المختصة خلال ثلاثين يوماً من تأريخ تبليغه، وعند انتهاء المدة وعدم ورود إشعار من المحكمة بإيقاف التسجيل خلالها، يجري التسجيل وفقا للوثيقة المقدمة.

٣- ولا يخضع تسجيل الوصية لإقرار الورثة إلا إذا كان الإيصاء بأكثر من ثلث التركة، وفي هذه الحالة يقتضي أخذ موافقتهم على التسجيل فيما زاد على الثلث.

٤- يجوز تأشير الوصية في السجل العقاري أثناء حياة الموصي ولا يجوز اجراء أي تصرف عقاري على الحقوق الموصى بها إلا إذا أبطلت الوصية وفقا للقانون.

ويستقى من هذه النصوص القانونية وغيرها: أن الوصية في نظر القانون تصرف قانوني صادر من جانب واحد (الموصي)، فإذا وقعت على عقار نُقلت ملكيته من الموصي إلى الموصى له بعد وفاة الموصي، لأنها تصرف مضاف إلى ما بعد الموت.[3] فهي سبب من

---

[1] قضت محكمة التمييز في قرارها المرقم ٢٨٢/ شرعية أولى/ ٩٧٢ في ١٩٧٤/٤/٢٨ بأنه "يجوز اثبات الوصية بالبينة الشخصية، إذا كان الموصي قد طلب احضار الكاتب العدل الى المستشفى التي يرقد فيها لتسجيل الوصية فعاجلته المنية قبل ان يتم ذلك، مما يُعتبر مانعا ماديا حال دون استحصال الدليل الكتابي يجوز معه الإثبات بالشهادة".

[2] رقم (٤٣) لسنة ١٩٧١. وقضت محكمة التمييز في قرارها ٢٢١/ هيئة عامة أولى/ ١٩٧٧ بأنه "إذا كان تصرف المريض مرض الموت صادرا على سبيل التمليك، اعتُبر وصية دون حاجة لتسجيله لدى الكاتب العدل، وان تعلق بعقار. م١١١١ من القانون المدني".

[3] المادة (٦٤) من قانون الأحوال الشخصية النافذ.

أسباب الملكية، فيكتسب الموصى له بطريق الوصية المال الموصى به،[1] والوصية تندرج تحت عموم لفظ (تصرف) في المادة (٣) من قانون التسجيل العقاري النافذ،[2] ولـذلك كـان المفروض ان لا تصح الوصية بالعقار إلاّ بعد أن تُسجل في التسجيل العقاري. ولكن كما يُفهم من النصوص المذكورة أن التسجيل لا يتم وقت انشاء الوصية، خلافاً لبقية التصرفات العقارية بين الأحياء، وإنما يكون بعد وفاة الموصي وقبول الموصى لـه، ويُعـرّض عملية التسجيل للنقض إذا رجع الموصي عن وصيته قبل وفاته، أو رد الموصى له الوصية بعد وفاة الموصي.

وبناء على ذلك فإن تسجيل الوصية المنصبة على العقار لا يُعتبر ركناً من أركانها عند إنشائها ولا شرطا من شروط صحتها.[3]

ومع ذلك يجوز تأشير الوصية في السجل العقاري أثناء حياة الموصي لتأكيد انشائها، وفي هذه الحالة لا يجوز للموصي التصرف بالحقوق الموصى بها، إلا إذا أبطلت الوصية وفقا للقانون.[4]

غير أنه بعد وفاة الموصي يكون التسجيل شرطا للثبوت وليس للأنعقاد، لأن الوصية تُعتبر نافذة ومُلزمة ومُرتبة لآثارها بمجرد موت الموصي وقبول الموصى لـه، ولأن الوصية المنظمة من قبل المحاكم والدوائر المختصة قابلة للتنفيذ، إذا لم يعترض عليه من قبل ذوي العلاقة.

وان دوائر التسجيل العقاري تستند إليها في تسجيل الوصية دون أخذ الإقرار، كما أنها تُعتبر من سندات التنفيذ.

---

[1] المادة (١١٠٨) من القانون المدني النافذ.

[2] المادة (٣/١): "التصرف العقاري هو كل تصرف من شأنه انشاء حق من الحقوق العينية الأصلية أو التبعية أو نقله أو تغييره أو زواله وكل تصرف مقرر لحق من الحقوق المذكورة".

[3] استثناء من المادة (٣/٢) من قانون التسجيل العقاري التي تنص على أنه "لا ينعقد التصرف العقاري إلا بالتسجيل في دائرة التسجيل العقاري".

[4] ينظر شرح قانون التسجيل العقاري للأستاذ مصطفى مجيد رقم (٤٣) لسنة ١٩٧١.

المبحث الثاني
الموصي وشروطه

الموصي هو الشخص الذي صدر عنه تصرف في التركة مضاف إلى ما بعد الموت، مقتضاه التمليك بلا عوض.

والموصي لا يكون إلا شخصا طبيعيا، بخلاف الموصى له، فإنه قد يكون طبيعيا وقد يكون حكميا (معنويا)، ولصحة الوصية يُشترط أن يتوفر في الموصي الشروط الأربعة الآتية:

الشرط الأول- أن يكون أهلا للتبرع بالمال وما يتعلق به،[1] بأن يكون بالغا عاقلا، لأن الوصية بذلك تبرع.

وهذا الشرط منصوص عليه في الفقه الحنفي[2] والفقه الظاهري[3] وفي قانون الأحوال الشخصية[4]، لكن ذهب أكثر فقهاء الشريعة إلى القول بصحة وصية الصبي المميز بما يتقرب به إلى الله، لأنها عمل خير يُثاب عليه، فلو لم يوص لزال ملكه إلى الوارث من غير ثواب، ولأنها تصرف نافع نفعاً محضا في حق الصبي المميز، فهي تشبه صلاة التطوع وصوم

---

[1] يكون الشخص أهلا للتبرع في التشريعات العراقية إذا أكمل الثامنة عشر من العمل ولم يكن مضافا بعارض من عوارض الأهلية أو أكمل الخامسة عشرة من العمر وتزوج بإذن المحكمة وفقا للفقرة (أ) من المادة الثالثة من قانون رعاية القاصرين. ويرى جمهور فقهاء الشريعة ان كل بالغ عاقل أهل للتبرع ما لم يكن هناك عارض من عوارض الأهلية. وتصح وصية المحكوم عليه بالسجن المؤبد أو المؤقت على الرغم من اعتباره ناقص الأهلية الى انقضاء الحكم، حيث يحرم من ادارة أمواله والتصرف فيها إلا بإذن المحكمة باستثناء الوقف والوصية، وذلك وفقا للمادتين (٩٧، ٩٨) من قانون العقوبات.

[2] في البدائع (٤٨٤٧/١٠): "فوصية الصبيالعاقل باطلة سواء قبل البلوغ أو بعده، لأنها وقعت باطلة فلا تنقلب الى الجواز، لأن الوصية ليست من باب التجارة، إذ التجارة مقابلة المال بالمال ولو اضاف الوصية الى ما بعد الإدراك لم يصح لأن عبارته لم تقع صحيحة.

[3] في المحلى (٣٣٠/٩): "ولا تجوز وصية من لم يبلغ من الرجال والنساء".

[4] المادة (٦٧): "يشترط في الموصي أن يكون أهلا للتبرع".

التطوع، ولأنها لا تزيل ملكه إلا بعد وفاته، فلا يخسر شيئا من الناحية المادية في حياته.[1]

ومنشأ الخلاف: اختلاف الفقهاء في تحديد طبيعة الوصية هل هي كسائر التبرعات أو تختلف عنها؟

فمن نظر إلى أن الوصية تختلف عن سائر التبرعات من حيث أن الموصي يحتفظ بملكية الموصى به مدى الحياة، فلا يخسر شيئا ماديا، بالإضافة إلى ما يكسبه من الثواب والأجر في دار الآخرة، قال بصحة وصية الصبي المميز، لأنها تصرف نافع نفعا محضا، ولذلك لا يحتاج إلى اجازة الولي أو الوصي.

ومن اعتبر الوصية تصرفا ضارا، لأنها تطوع وتبرع دون مقابل مادي، وأن الثواب يكسبه بنفس الدرجة لو ترك المال لورثته، فهي كسائر التبرعات، قال ببطلانها كما تبطل هبته وصدقته وغيرها من التصرفات الضارة ضررا محضاً.

اثر فقدان أهلية الموصي على وصيته بعد انشائها:

اتفق فقهاء الشريعة على عدم صحة وصية المجنون حال جنونه ووصية الصبي غير المميز، ومن في حكمهما.

ولكنهم اختلفوا فيما إذا أنشأ الموصى وصيته وهو في حال كمال الأهلية، ثم فقد الأهلية بعارض من عوارضها كالجنون والعته على الوجه الآتي:

أ- قال جمهور الفقهاء: ان زوال أهلية الموصي لا يؤثر على صحته إذا أنشأها وهو كامل الأهلية، قياسا على سائر تصرفاته من الوقف والهبة والبيع والإجارة وغيرها.

ب- وقال فقهاء الحنفية ومن حذا حذوهم: إن الوصية تصرف غير لازم فلا تصبح لازمة ونافذة إلا بعد وفاة الموصي وقبول الموصى له، إن كان أهلا للقبول، وكل تصرف غير

---

[1] في الفقه المالكي، الخرشي (٢٦٨/٨): "وصح ايصاء حر مالك وإن كان سفيها وصغيرا".

في الفقه الشافعي، مغنى المحتاج (٣٩/٣): "تصح الوصية من صبيمميز كما نص عليه في الإملاء ورجحه جميع الأصحاب، ولأنها لا تزيل ملكه في الحال وتفيد الثواب بعد الموت".

وفي الفقه الحنبلي، المغني (١٠١/٦): "ومن جاوز العشر سنين فوصيته جائزة إذا وافق الحق، هذا المنصوص عن أحمد".

وفي الفقه الجعفري، الروضة البهية (٤٥/٢): "وفي وصية من بلغ عشرا قول مشهور بين الأصحاب".

وأخذ المشرع المغربي براي جمهور فقهاء الشريعة في جواز وصية الصبيالمميز في الفصل (١٧٥) الذي ينص على أنه "يُشترط في الموصي أن يكون مميزا".

لازم يُشترط في بقائه ما يُشترط في انشائه، ومادام الجنون العارض وما في حكمه مانعا من انشاء الوصية، فهو مانع أيضا من استمرار صحتها وبقائها، إذا طرأ بعد انشائها وكان هذا الجنون مطبقا[1] سواء اتصل بموت الموصي أم حصلت إفاقته قبل الوفاة.[2]

ويُناقش رأي الجمهور بأن القياس على سائر التصرفات قياس مع الفارق، لإختلاف طبيعة الوقف والهبة والبيع والإجارة... لأن هذه العقود تصبح نافذة لازمة منذ لحظة انشائها وهي صحيحة. وبالإضافة إلى ذلك فإن للموصي حق الرجوع عن وصيته واحتمال رجوعه لو لم يكن فاقد الأهلية قائم، ولذلك تُعتبر باطلة إذا فقد أهليته بعد انشائها.

موقف المشرّع العراقي:

أخذ المشرع العراقي برأي الحنفية في ابطال الوصية بالجنون العارض، ولكن اشترط للبطلان أن يكون الجنون متصلا بموته، فنصت الفقرة الثانية من المادة (٧٢) من قانون الأحوال الشخصية على أنه تبطل (الوصية) بفقدان أهلية (الموصي) إلى حين موته.

واختار نفس الإتجاه بعض قوانين الأحوال الشخصية في البلاد العربية.[3]

وصية السفيه:

السفيه هو الذي لا يُحسن تدبير ماله ويبذّر فيه على خلاف مقتضى العقل والشرع.

قال جمهور فقهاء المسلمين بصحة وصية السفيه-ولو كان محجورا عليه- للأسباب الآتية:

أ- ان السفيه مكلف مسؤول عن تصرفاته ويُعتد شرعا وقانونا بعباراته، وله ادراك المقاصد ونتائج ما يقدم عليه من قول أو فعل.

---

[1] في تنوير الأبصار وشرحه الدر المختار مع رد المحتار (٤٤٣/٦): "أوصى بوصية ثم جُنّ، إن أطبق الجنون حتى بلغ ستة اشهر بطلت، وإلا لا، وكذا لو أوصى ثم أخذ بالوسواس فصار معتوها".

[2] الفتاوى الهندية ٩٢/٦.

[3] قانون الوصية المصري النافذ (م١٤): "تبطل الوصية بجنون الموصي جنونا مطبقا، إذا اتصل بالموت". ومجلة الأحوال الشخصية التونسية الفصل (١٩٧) والسوري (م٢٢) ومشروع القانون العربي الموحد للأحوال الشخصية (م٢/٢٣٤).

ب- ان المال الموصى به لا تنتقل ملكيته إلى الموصى له إلا بعد وفاة الموصـي، فالسـفيه إذا أوصى بجزء من ماله لشخص أو لجهة خيرية، لا تلحقه أية خسارة مادية أو معنوية في حياته بسبب هذه الوصية.

ج- مادام السفيه مكلفا ومسؤولا عن تصرفاته، يُعاقب على الشر ويُثاب على الخير، فإنه بحاجة إلى أعمال البرّ، شأنه شأن كل بالغ عاقل رشيد، فليس من العدل أن يُحرم من أجر وثواب وصيته.[1]

جدير بالذكر ان فقهاء الحنفية والظاهرية على الرغم من قولهم بعدم صحة وصية الصبـي المميز، قالوا: بصحة وصية السفيه، فأبو حنيفة (رحمه الله) لا يرى جواز الحجر على السفيه بناء على أن رعاية كرامة الإنسان أهم من رعاية المال.

أما الصاحبان فهما قالا: إن وصية السفيه المحجور عليه باطلة قياسا على سائر تبرعاته، إلا أنها صحيحة استحسانا، إذا قُصد بها القربة إلى الله وأوجه الخير، لأن وصيته في سبيل الخير والبر في حدود الثلث لا تضره، فهي تُنفذ بعد وفاته، وكذلك لا تضـر ورثتـه لأن حقهم لا يتجاوز الثلث عند وجود الوصية، ثم السفيه مكلف معرض لأن تفوتـه واجبات فتُعتبر وصية صحيحة تداركا لما فاته.

وأما الظاهرية فقد قالوا بصحة وصية من يُسمى سفيها في اصطلاح الفقهاء، لأنه ليس بسفيه في نظرهم وهم يقولون: لم يستعمل القرآن السفيه إلا لمن لا يؤمن بالله وباليوم الآخر وبكتبه ورسله، وبناء على ذلك لا يُطلق السفيه إلا على من لا يُميز كالمجنون وعلى من لا إيمان له.[2]

وقد أخذ المشرع العراقي في المادة (١٠٩/١) من المدني النافذ بهذا الإتجاه السائد في الفقه الإسلامي، فاقر صحة وصية السفيه بثلث ماله. وبذلك تُعتبر الفقرة الأولى من هذه

---

[1] في المغني (١٠٢/٦): "وأما المحجور عليه لسفه فإن وصيته تصح في قياس قول أحمد، لأن وصيته تمحضت نفعاً له من غير حذر فصحت كعباداته".

وفي الخرشي (١٦٨/٨): "صح ايصاء مميز مالك وإن سفيها وصغيرا، لأن الحجر عليهما لحق غيرهما".

وفي المهذب (٤٥٠/٢): "فإن كان صبيا مميزا أو بالغا مبذرا (سفيها) ففيه قولان:

أحدهما: لا تصح وصيته لأنه تصرف في المال فلم يصح من الصبيوالمبذر.

والثاني: تصح لأنه إنما مُنع من التصرف خوفا من اضاعة المال وليس في الوصية اضاعة المال، لأنه إن عاش فهو على ملكه وإن مات لم يحتج إلى غير الثواب ولقد حصل له ذلك بالوصية".

[2] المحلى ٣٣٢/٩

المادة مُخصصة لعموم المادة (٦٧) من قانون الأحوال الشخصية النافذ التي تشترط في الموصي ان يكون أهلا للتبرع قانونا. وكذلك أقرّت قوانين البلاد العربية صحة وصية السفيه.[١]

ومن الجدير بالذكر ان اجازة السفيه للوصية في الزائد عن الثلث باطلة على الرغم من صحة وصيته، وذلك لأن هذه الإجازة تعتبر بمثابة هبة وهو ليس أهلا لها.[٢]

اثر اختلاف الدين والجنسية على الوصية:

الشريعة الإسلامية لا تعتبر اختلاف الدين مانعا من موانع صحة الوصية، كما ان جنسية المسلم في نظر هذه الشريعة عبارة عن كونه مسلما.

وللمشرع العراقي في هذا الموضوع التفصيل الآتي:

"تصح الوصية بالمنقول فقط مع اختلاف الدين، وتصح به مع اختلاف الجنسية بشرط المقابلة بالمثل".[٣]

ويُفهم من هذا أن الوصية بالعقار لا تجوز في حالتي اختلاف الدين والجنسية، وانها لا تصح في المنقول في حالة اختلاف الجنسية إذا لم يتوفر شرط المقابلة بالمثل.

الشرط الثاني- ان يكون الموصي مختارا:

رضا الموصي شرط أساسي لصحة وصيته، لأنها إيجاب ملك أو ما يتعلق بالملك، فلابد فيه من الرضا كإيجاب الملك في سائر العقود:

وبناء على ذلك لا تصح وصية المكره،[٤] والهازل،[١] والخاطئ،[٢] لأن الإكراه والهزل والخطأ من العوارض التي يفوت بها الرضا.[٣] ولم يرد ذكر هذا الشرط في قانون الأحوال

---

[١] قانون الوصية المصري (م٥)، والسوري (م٢١١/٢)، والمغربي الفصل (١٧٥).

[٢] الخرشي ١٧١/٨. العدوي على الخرشي ١٧١/٨. أما المعتوه وهو من اختل شعوره بحيث يكون فهمه قليلا وكلامه مختلطا وتدبيره فاسدا، فهو في حكم الصغير المميز (م١٠٧) المدني النافذ وبناء على ذلك لا تصح وصيته.

[٣] المادة (٧١) من قانون الأحوال الشخصية النافذ.

[٤] المكره لا تصح وصيته إذا توفرت شروط الإكراه، لأنه يفقد الرضا. لكن من المفضل اعتبارها موقوفة على الإجازة اللاحقة إن أجازها بعد زوال الإكراه قياسا على تصرفاته الأخرى.

الشخصية اكتفاء بالقواعد العامة، وبما هو المقرر الثابت في الفقـه الإسـلامي مـن اعتبـار الرضا في كل تصرف يُقصد به ترتب الآثار الشرعية.

الشرط الثالث- أن يكون الموصي مالكاً لما أوصى به :

وهو شرط متفق عليه في الفقـه الإسـلامي والقـانون، لأن الوصـية لا تصـح إلاّ بالملـك الصرف، فمن لم يكن مـالكاً للمال الذي يوصي به، لا يتأتى له أن يُملكـه غـيره، لأن فاقـد الشئ لا يعطيه فتبطل الوصية.

وقد نصت المادة (٦٧) من قانون الأحوال الشخصـية العراقـي علـى أنـه: "يُشـترط في الموصي أن يكون مـالكا لما أوصى به".

والوصية بمال الغير باطلة وإن أجازها مالكه أو ملّكه الموصي بعد الوصية.[٤]

والمرأة ذات الأب وذات الزوج إذا كانت بالغة عاقلة، ليس عليها وصاية الأب أو الـزوج، بل لها الإستقلالية المالية في الإسلام، ولها مطلق التصرف فيما تعود إليها ملكيته، سـواء كان التصرف من المعاوضات أم من التبرعات، دون الحاجة إلى استئذان من الولي والزوج.[٥]

كما أن إسلام الموصي أو الموصى له ليس بشرط في صحة الوصية، فتجوز وصـية المسـلم لغير المسلم، ما لم يكن حربيا، وكذلك تصح وصية غير المسلم للمسلم.[٦]

ومما تجدر الإشارة إليه هو أن هذا الشرط وإن ورد في قانون الأحوال الشخصية مطلقـا،[٧]

---

[١] الهازل لا تصح وصيته لأنه يتكلم بما لا يقصد الى تحقيق معناه ولكن من المستحسن اعتبارها صحيحة إذا أجازها بجد.

[٢] الخاطئ لا تصح وصيته لأن الخطأ القولي عبارة عن سبق اللسـان الى التلفظ بمـا لا يريد الخـاطئ ان يتلفظ به، ولأن الخطأ من عوارض الأهلية يفوت به الرضا والإرادة.

[٣] البدائع ٤٨٤٧/١٠. وتنص المادة (١١٥) من القانون المدني النافذ على ان: "مـن أُكـره اكراهـا معتـبرا بأحد نوعي الإكراه على ابرام عقد لا ينفذ عقده". وعلـى هـذا الأسـاس وصـية المكـره موقوفـة علـى اجازته بعد زوال الإكراه.

[٤] في التاج المذهب (٢٥٨/٤): "من شروط الموصي أن يكون مالكا، ومن أحكـام الوصـية أنهـا لا تلحقهـا الإجازة كالوقف، فلو أوصى بملك الغير لم يصح، سواء كانت عن نفسه أو عن مالكـه، ولـو ملكـه مـن بعد، ولو أجاز المالك سواء كانت الوصية لمعين أم لغير معين".

[٥] المحلى ٣٣٠/٩.

[٦] المغني ١٠٣/٦، الخرشي ١٦٨/٨، المحلى ٣٢٢/٩.

[٧] المادة (٦٦) يشترط في الموصي أن يكون أهلا للتبرع قانونا مالكا لما أوصى به.

إلا أنه لا يُشترط في نظر جمهور فقهاء الشريعة أن يكون مالكا للموصى به حين انشاء الوصية، ما لم يُحدده بالإسم أو الإشارة، وفيما عدا ذلك يكفي أن يكون مالكا للموصى به حين الوفاة.

الشرط الرابع- أن لا يكون الموصي مدينا بدين مستغرق للتركة:

اهتم بهذا الشرط فقهاء الحنفية أكثر من غيرهم، بحيث فُهم من كلامهم أن الوصية باطلة عند تخلف هذا الشرط، على اساس أنه شرط الصحة، ولكن من تتبع أمهات المراجع الفقهية الحنفية يتبين له أنه شرط النفاذ، وأنه لا يوجد خلاف جوهري بينهم وبين فقهاء الآخرين بصدد تحديد طبيعة هذا الشرط، بأنه شرط النفاذ وليس بشرط للصحة، لقولهم بصحة الوصية إذا أبرأ غرماء الموصي المدين من ديونهم.[١]

ومثل الإبراء في الحكم ما لو تبرع شخص من الورثة أو من غيرهم بسداد الدين للدائنين وقبل الدائنون منه الوفاء، حيث يسقط الدين وتبقى التركة خالية من الدين. أما إذا لم يكن المسدد للدين متبرعا، فيحل محل الدائن وتبقى التركة مدينة.

وإذا لم تكن التركة مستغرقة بالدين، فإن الوصية نافذة في حدود القدر الخالي من الدين، هذا كله إذا لم تكن الوصية بعين معينة تعلق بها حق الدائن، وإلا فإن حق الدائن يُقدم على حق الموصى له، وإن لم يكن الدين مستغرقا للتركة، لأن حق الدائن يتعلق بها حال حياة الموصي، بينما حق الموصى له لا يتعلق بها إلا بعد الوفاة.

وعلى الرغم من هذه المفاضلة، فإن حق الموصى له لا يسقط بل ينتقل إلى بقية التركة في حدود الثلث وبمقدار ما يعادل قيمة الدين الموصى بها. وقد بالغ البعض في القول ببطلان الوصية مطلقا من الموصي المدين إذا كان دينه مستغرقا لتركته، سواء كان من ديون الله أم من ديون الناس، أخذا بإطلاق قوله تعالى ﴿مِن بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ﴾.[٢]

---

[١] في البداية والهداية مع تكملة فتح القدير (٤٣٠/١٠): "ومن أوصى وعليه دين يحيط بماله لم تجز الوصية، لأن الدين يقدم على الوصية، لأنه أهم الحاجتين، فإنه فرض والوصية تبرع، وأبداً يبدأ بالأهم فالأهم الى أن يُبرئه الغرماء، لأنه لم يبق الدين فتُنفذ الوصية على الحد المشروع لحاجته إليها.

[٢] وهم فقهاء الظاهرية.. قال ابن حزم (المحلى ٣٤٢/٩): "أن الوصية لا تكون إلا بعد أداء الدين وكان الدين واجبا للغرماء، فصح ان من أحاط الدين بجميع ما ترك، فإنه لم يتخلف مالا يوصي فيه وإن ما تخلفه انتقل الى ملك الغرماء اثر موته بلا فصل وليس لأحد أن يوصي في مال غيره، فبطلت وصيته".

ولم يتطرق المشرع العراقي لهذا الشرط، لكن السائد في قوانين البلاد العربية[1] هـو أنه شرط النفاذ وليس شرط الصحة.

والحاصل: ان عدم استغراق مال الموصي بدين شرط من شروط نفاذ وصـيته، وإن الـدين يُقدم على الوصية وهي تُقدم على الميراث، ولكن بين التقديمين فرق جوهري كما في الإيضاح الآتي:

معنى تقديم الدين:

تقديم الدين يعني أنه يُقضى أولا، فإن فضل منه شيء يُصرف إلى الوصية والميراث، وإلا فلا تنفيذ للوصية ولا توزيع للتركة على الورثة مع أصل صحة الوصية وإنما يُمنع نفاذهـا، إذا لم يبرأه الغرماء، أو لم يتطوع أحد من الورثة أو من غيرهم بتسديد الدين.

أما إذا كان هناك إبراء مسقط للدين كله أو بعضه، أو تسديد مـن أحـد الورثـة وكـان متبرعا به غير ناوٍ الرجوع إلى بقية الورثة،[2] فإن الوصية تُنفذ كلـها أو بعضـها في الثلـث الذي لم يتعلق به حق دائن.

ومما تجدر الإشارة إليه: ان هنـاك فرقا جوهريا واضحا بين اجـازة الـدائنين للوصـية وبـين إبرائهم المدين المتوفى من ديونهم، ففي الحالة الأولى لا تُنفذ الوصية، لأن ذمة الميّت لا تـبرأ بإجازة الوصية وإنما بالإبراء.[3]

وبناء على ذلك فإن المشرع السوري لم يكن دقيقا في التعبير حين قـال: " لا تنفـذ فيمـا يستغرقه دين إلا بإجازة الدائن".[4]

---

[1] منها قانون الوصية المصري (م٣٨): "وتصح وصية المدين المستغرق ماله بالدين ولا تُنفـذ إلا بـبراءة ذمته منه، فإن برئت ذمته من بعضه أو كان الدين غير مستغرق، نُفذت الوصية من الباقي بعد وفـاء الدين".

والقانون السوري (م٢/٢٣٨): "لا تنفذ فيما يستغرقه دين الاّ بإجـازة الـدائن الكامل الأهلية أو بسـقوط الدين".

[2] فإن كان ناويا الرجوع على بقية الورثة بما سدده من الدين، تبقى الوصية غير نافذة.

[3] في التاج المذهب (٣٦٥/٤): "ومن مات عن ديون تستغرق ماله وأوصى وصـيته وأجازهـا أهـل الـدين، فلا حكم لإجازتهم، لأن الميّت لا يُبرأ بالإجازة بل بالإبراء، ومع ابرائهم له من الوصية الثلث فقط، لأن الحق للورثة مع ابراء"، أي إن الوصية تنفذ مـن ثلث التركـة الخاليـة مـن حـق الـدائنين لأن الثلـثين الباقيين حق الورثة.

[4] المادة (٢٣٨) من قانون الأحوال الشخصية السوري النافذ.

معنى تقديم الوصية على الميراث:

هذا التقديم يختلف في جوهره عن تقديم الدين، لأنه لا يعني إخراج الثلث أولا وعزله عن التركة ودفعه للموصى له، ثم البدء بتوزيع الباقي على الورثة، وذلك لأن التركة بعد قضاء الدين يكون بين الورثة وبين الموصى له على الشركة، فالموصى له شريك الورثة، فكأنه واحد منهم، ولا يستحق الموصى له من الثلث شيئا قل أو كثر، إلاّ ويستحق منه الورثة ثلثيه، فيكون فرضهما معا لا يُقدم أحدهما على الآخر من الناحية العملية. حتى لو هلك شيء من التركة قبل القسمة يهلك على الموصى له والورثة جميعا، ولا يُعطى الموصى له كل الثلث من الباقي، بل الهالك يهلك على الحقين والباقي يبقى في الحقين، بخلاف الدين، فإنه إذا هلك بعض التركة وبقي البعض يُستوفى كل الدين من الباقي.

وهذا كله إذا كانت الوصية بجزء شائع من أموال الموصي، أما إذا حُدد الموصى به بالذات كدار معينة أو بالنوع كغنمه، فإن حق الموصى له يتعلق بهذا المعين فقط، فله زيادته وعليه نقصانه وتبطل الوصية بهلاكه.[1]

---

[1] بدائع الصنائع ١٠/٤٨٥٠

المبحث الثالث

الموصى له وشروطه

العنصر الثالث الموصى له وهو المتصرف لـه، أي مـن أنشـئت الوصـية لأجلـه وقصـد الموصي بِرّه وصلته وجعله خلفا له فيما أوصى به.

فهو قد يكون موجودا وجودا حقيقياً أو حكمياً وقت انشاء الوصية، وقد يكون معـدوما حين انشاء الوصية، كما قد يكون فردا أو جهة محصورة أو غير محصورة.. ولكل حالة شروطها وأحكامها، ولتبيان ذلك لابد من التعريف بشروط الموصى له وهي ثمانية:

الشرط الأول- أن يكون موجودا حين الوصية إذا كان معيناً:

يُشترط لصحة الوصية أن يكون الموصى له موجودا حين انشاء الوصية، إذا عيّنه الموصي بالإسم أو بالوصف أو بالإشارة،[1] سواء كان الوجـود حقيقيـا مسـتقلا أو وجـودا تقـديرياً كالجنين في بطن أمه. وتجوز الوصية للمعدوم وقت انشائها عند بعض الفقهاء-كالمالكيـة[2]- إذا كان ممكن الوجود في المستقبل.

وخلاف بين من يقول باشتراط وجوده حين الوصية وبين من لا يشترط ذلـك شـكلي أكثـر من أن يكون حقيقياً، لأن من اشترط وجوده اراد به الموصى له المعين من قبـل الموصـي، ثـم الكل متفقون على جواز الوصية للمؤسسة الخيرية الـتي تنشـأ في المسـتقبل، وحسـناً فعـل المشرع العراقي، حيث جمع بين الإتجاهين في المادة (٦٨) التي تـنص علـى أنـه: "يُشـترط في الموصى له أن يكون حيا حقيقة أو تقديرا حين الوصية وحين موت الموصي، وتصـح الوصـية للأشخاص المعنوية والجهات الخيرية والمؤسسات ذات النفع العام". لأن هـذا الـنص بالنسـبة للأشخاص المعنوية مُطلق لم يُشترط فيها الوجود حقيقة أو تقديراً والمطلق يُعمل بإطلاقه ما لم يُقيده دليـل ثابت.

---

[1] فان لم يعين بواحد من هذه الأمور لا يشترط إلا صلاحيته للوجود في المستقبل كحمل سيتكون وجامع سيبنى فإن وجد صحت الوصية وإلا بطلت.

[2] في الخرشي (١٦٨/٨): "الركن الثاني هو الموصى له، شرطه: أن يكون يصح تملكه للموصى به شرعا سواء كان بالغا عاقلا مسلما موجودا أو لا، ولذا يصح لحمل سيكون في المستقبل".

الوصية للجنين:

من المقرر الثابت في الشريعة والقانون أن الجنين له أهلية الوجوب الناقصة –أي: الصلاحية لبعض الحقوق كالإرث وريع المال الموقوف والوصية- لما فيها من النفع المحض، ولعدم حاجة انتقال ملكية هذه الحقوق إليه للقبول عند أكثر الفقهاء. ثم ان الوصية نوع من الإستحلاف حيث يجعل الموصي الموصى له خلفاً له في بعض أمواله، فكما أن الجنين أهل للخلافة في الميراث، فكذلك أهل لها في الوصية لأنها أخت الميراث.

وبناء على ذلك تصح الوصية للحمل الموجود حين انشائها ولو نطفة.[1] لأنه يكفي الوجود التقديري والحياة التقديرية بالنسبة للوصية والميراث.

ولا يقال: ان من شروط الوصية قبول الموصى له إياها والجنين ليس أهلا لذلك، لأن الوصية تشبه الهبة والميراث، فلشبهها بالهبة يُشترط القبول فيها إذا أمكن، ولشبهها بالميراث لا يُشترط القبول إذا لم يُمكن وذلك عملا بالشَبهين.[2]

ثم ان بعض الفقهاء. قالوا ان الوصي أو الولي ينوب عنه ويقبل الوصية.[3] وتحفظ غلة الموصى به من حين وفاة الموصي إلى أن ينفصل الحمل.

شروط استحقاق الجنين للوصية:

الجنين لا يستحق الموصى به إلا بعد توفر الشرطين الآتيين:[4]

١- إن يولد حياً حياةً مستقرة، فلو مات في بطن أمه أو اثناء انفصاله منها، قبل تمام الإنفصال أو انفصل ميتاً ولو بجناية أو تعاطي دواء، بطلت الوصية.[5]

وفي حالة التعدد إذا مات أحدهما قبل الإنفصال، الوصية كلها تكون لمن يولد حياً، والوصية تكون بالسوية، إذا كان الحمل أكثر من واحد والكل أحياء، سواء أكانوا ذكورا أم اناثاً أم ذكورا واناثا، ما لم يكن هناك من الموصي ما يدل على خلاف

---

١ مغني المحتاج ٣/٤٠ . المغني لأبن قدامة ٦/٥٦ .

٢ ابن عابدين ٦/٦٥٣.

٣ الأنوار ٢/٢١ وفيه: "يُقبل له الولي بعد تولده".

٤ وهذان الشرطان هما من شروط الإستحقاق وليسا من شروط الصحة.

٥ البدائع ١٠/٤٨٥٠. المغني ٣/٤٠ ، الروضة البهية ٢/٤٦ .

ذلك،[1] وتثبت الحياة بعد الولادة بكافة الوسائل الدالة عليها كالعطس والصراخ والتنفس.

فإن لم يظهر ما يدل على الحياة من الآثار ووقع النزاع حول وجودها وعدم وجودها، يرجع القاضي في حسم الخلاف إلى رأي أهل الخبرة والإختصاص من الأطباء.

٢- ان يثبت وجوده حين الوصية. وقال البعض حين الوفاة، والأول رأي الجمهور وهو أفقه،[2] والمالكية لم يشترطوا إلا التولد حيا.[3]

والمشرع العراقي اشترط وجوده حين الوصية وحين الوفاة، فنصت الفقرة الأولى من المادة (٦٨) على انه يشترط "أن يكون حيا حقيقة أو تقديرا حين الوصية وحين موت الموصي".

والجنين حياته تقديرية، فيجب أن تكون موجودة في وقت انشاء الوصية ووقت وفاة الموصي، وإلا تكون الوصية باطلة. ولكن وجوده حين الوصية يستلزم وجوده حين الوفاة، مادام من شروط استحقاقه للوصية ان يولد حياً. وبناء على ذلك فعبارة (حين الوفاة) زائدة إذا اشترطنا وجوده حين الوصية.

ويثبت وجود الحمل حين الوصية على الوجه الآتي:

أ- أن يولد حياً لدون أقل مدة الحمل (ستة اشهر) اعتباراً من الوصية، إذا كانت الحامل ذات زوج وأقرّ الموصي بوجود الحمل الموصى له حين الإيصاء، لأن التولد خلال هذه الفترة لدليل قاطع على ثبوت وجوده حين الوصية.

أما إذا تولد لستة اشهر فصاعدا اعتبارا من الوصية، فلا يستحق الموصى به لإحتمال حدوثه بعد الوصية والأصل عدمه عندها، فلا يستحق بالشك.[4] والحق

---

[1] المغني ٥٩/٦، الخرشي ١٨٦/٨، المهذب ٤٥٦/١.

[2] وللحنفية رأيان (البدائع ٤٨٥٠/١٠): "وإذا ولدت لأقل من ستة اشهر اعتبارا من موت الموصي في ظاهر الرواية، ومن وقت انشاء الوصية عن الطحاوي، لأن سبب الإستحقاق هو الوصية، فيعتبرون وجوده حينئذ. ووجه ظاهر الرواية: ان وقت نفوذ الوصية واعتبارها في حق الحكم وقت الموت فيعتبر وجوده في ذلك الوقت".

[3] الخرشي ١٦٨/٨: "انما يشترط التولد حيا".

[4] في المنهاج وشرحه مغني المحتاج (٤١/٣): "فإن انفصل لستة اشهر فأكثر منها (أي من الوصية) والمرأة فراش زوج لم يستحق الموصى به، لأحتمال حدوثه بعد الوصية والأصل عدمه عندها فلا يستحق بالشك".

المغني لأبن قدامة (٥٦/٦): "والوصية للحمل جائزة إذا أتت به لأقل من ستة أشهر منذ تكلم بالوصية".

البعض ستة اشهر بما دونها في الحكم.[1]

ب- وإذا كانت الزوجة الحامل معتدة من زوجها من طلاق أو وفاة، فإن وضعت الحمل الموصى له خلال الفترة الزمنية الممتدة من الفرقة إلى اقصى مدة الحمل، استحق الحمل الوصية، لأن الظاهر هو ثبوت نسبه ووجوده حين الوصية، أما إذا ولد لأكثر من أقصى مدة الحمل اعتبارا من الفرقة، لم يستحق الوصية لإحتمال علوقه بعد الوصية بطريقة غير مشروعة، وإذا حصل الإحتمال بطل الإستدلال. وقد اختلف الفقهاء في تحديد الحد الأقصى لمدة الحمل على آراء، ارجحها هو التحديد لمدة سنة واحدة الذي أيّده الطب الحديث وأخذت به التشريعات الحديثة.[2]

الشرط الثاني- أن يكون الموصى له أهلا للتملك حقيقة كالإنسان أو تقديرا كالشخص المعنوي.

ولا يُشترط في الموصى له المعنوي (الحكمي) أهلية التملك حقيقة، لأن الموصى به يُصرف على مصالحه.[3]

فإذا أوصى لحيوان بطلت الوصية، لأنه ليس اهلا للتملك. وفي الوصية للميت خلاف:

---

[1] في المغني (٥٧/٦): "إن كانت المرأة فراشاً لزوج يطؤها فأتت به لستة اشهر فما دون، علمنا وجوده حين الوصية، وإن أتت به لأكثر منها لم تصح الوصية لإحتمال حدوثه بعد الوصية".

[2] في المنهاج ومغني المحتاج (٤١/٣): "فإن لم تكن المرأة فراشاً لزوج وأنفصل الحمل لأكثر من أربع سنين، لم يستحق الحمل الموصى له الوصية لعدم وجوده عند الوصية".
وفي المغني (٥٧/٦): "وإن كانت بائنة فأتت به لأكثر من اربع سنين من حين الفرقة وأكثر من ستة اشهر من حين الوصية لم تصح الوصية له وهذا مذهب الشافعي".
وفي البدائع (٤٨٥٠/١٠): "وإن جاءت به لستة أشهر فصاعدا لا يعلم وجوده في البطن لإحتمال انها علقت بعده، فلا يعلم وجوده بالشك إلا إذا كانت المرأة معتدة من زوجها من طلاق أو وفاة فولدت الى سنتين منذ أن طلقها أو مات عنها زوجها، فله الوصية، لأن نسب الولد يثبت من زوجها الى سنتين".

[3] في الخرشي (١٧٠/٨): إذا قال "أوصيت لمسجد، أو لقنطرة، فاللام لام المصرف، لا لام الملك، والمعنى أن الوصية لمسجد ونحوه، كالقنطرة والسور تصح ويصرف ذلك الشيء الموصى به في مصالح تلك الأشياء كوقيد وعمارة. لأن مقصود الناس بالوصية ذلك، فإن لم يكن للمسجد مصالح فيدفع للفقراء".
وقال العدوي (هامش الخرشي ١٧٠/٨): "فإذا زاد على ذلك أو لم يحتج لذلك فيُصرف لقومته أي خدمته من إمام ومؤذن ونحوهما، احتاجوا أم لا".

فيرى الجمهور عدم صحتها[1] لأنه ليس اهلا للتملك لا حقيقة ولا تقديرا.

وقال المالكية:[2] تجوز له الوصية ان علم الموصي بأن الموصى له ميت. ويُصرف الموصى به في دينه إن كان على الميّت دين وإلا فيعطى لوارثه.

الشرط الثالث- أن لا يكون الموصى له قاتلا للموصي:

استقر رأي جمهور فقهاء الشريعة على اعتبار هذا الشرط استناداً إلى ما يلي:

أ- لما روي عن النبي ﷺ من أنه قال: "لا وصية لقاتل".

ب- ولما روي عن النبي ﷺ من أنه قال: "ليس لقاتل شيء". إذ كلمة (شيء) نكرة واقع في حيز النفي وهو يفيد العموم، فيعم الميراث والوصية معا.

ج- ولقياس الوصية على الميراث لأنها أخته، والميراث حكمه ثابت بالنص، وهما يشتركان في علة الحكم (الحرمان) وهي: أن من استعجل في شيء قبل أوانه عوقب بحرمانه، وانّ المجرم لا يجوز ان يستفيد من جريمته، ولأن في الحرمان حماية أرواح الأبرياء.

وقال بعض الفقهاء[3]: تصح الوصية للقاتل، وصورتها: أن يوصي لرجل فيقتله أو يجرحه شخص جرحا مميتاً، ثم يوصي له قبل أن يموت وهو يعلم بذلك.[4]

ويلاحظ على هذا الرأي بأنه وإن كان فيه جانب من الإنسانية بمقابلة الإساءة بالإحسان، إلا ان فيه فتح الباب لذوي النفوس المريضة ممن تسول لهم أنفسهم أن يقتلوا الأبرياء من اقاربهم بغية الحصول على تركاتهم.

---

[1] في المحلى (٣٢٢/٩): "ولا تجوز الوصية لميت لأن الميّت لا يملك شيئا، فمن أوصى لحي ثم مات (قبل موت الموصي) بطلت الوصية".
وفي المغني (١٢/٦): "ولا تصح الوصية لميت وبهذا قال ابو حنيفة والشافعي".

[2] في الخرشي (١٧٠/٨): وتصح لمسجد وتُصرف في مصالحه ولميت علم بموته ويُصرف في دينه أو وارثه".

[3] وهم فقهاء المالكية (حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤٢٦/٤) وفقهاء الشافعية، والجعفرية، والزيدية (التاج المذهب ٣٦٨/٤).

[4] أخذ بهذا المشرع المغربي الفصل (١٧٩) من مدونة الأحوال الشخصية الذي نصه: "يشترط في الموصى له:
١- أن لا تكون له صفة الوارث وقت موت الموصي.
٢- عدم قتله للموصي عمدا عدوانا إلا إذا علم الموصي قبل موته ولم يغيّر".

وحسناً فعل المشرع العراقي إذ أخذ برأي الجمهور في المادة (٦٨/٢) من قانون الأحوال الشخصية التي نصها: "٢- ويشترط في الموصى له أن لا يكون قاتلا للموصي".

غير ان هذا النص يلاحظ عليه من حيث أنه لم يحدد نوع القتل المانع من الوصية، مع ان هذا التحديد محل خلاف فقهاء الشريعة، فكان من الضروري حسم الخلاف ببيان نوع القتل المانع. لأن من القواعد المقررة الثابتة في الفقه الإسلامي: "إن حكم القاضي برأي من آراء الفقهاء في كل مسألة خلافية يحسم الخلاف ويوجب العمل بما حكم به".

وانبثاقاً من هذه الحقيقة نستطيع أن نقول: ان إقرار المشرع لرأي معين من آراء الفقهاء في كل مسألة خلافية بالنص عليه يؤدي إلى نفس النتيجة.

ومن المعروف ان تحديد نوع القتل المانع من الميراث والوصية من أهم المسائل الفقهية الخلافية،[1] لذا ندعو المشرع العراقي إلى تعديل النص المذكور بتحديد نوع القتل المانع أسوة بالتشريعات العربية.[2]

ونقترح أن يكون التعديل كالآتي: "يُمنع من استحقاق الوصية الإختيارية أو الوصية الواجبة قاتل الموصي أو المورث عمدا عدواناً، سواء كان فاعلا أصلياً أو شريكاً، او كان شاهد زور أدّت شهادته إلى الحكم بالإعدام على الموصي وتنفيذه، إذا كان القاتل عاقلاً بالغاً من العمر خمس عشرة سنة".

---

[1] قال الحنفية (الدر المختار ٧٦٧/٦): "المانع هو الموجب للقصاص أو الكفارة، ويكون بالمباشرة دون التسبب".
وقال المالكية (الشرح الصغير ٤٧٥/٢): "المانع هو القتل العمد على وجه الظلم والعدوان.
والشافعية (المهذب ٢٤/٣): "آراء مختلفة منها المانع هو مطلق القتل".
الحنابلة (المغني ٢٩٢/٦): "كالحنفية إلا أنهم لا يشترطون أن يكون مباشرا".
والجعفرية (الخلاف للطوسي ٣٩/٢): كالمالكية.
والأباضية (شرح النيل وشفاء العليل ٢٦٩/٨) المانع مطلق القتل.
وقال الظاهرية (المحلى ٣٠٦/٩): "القتل ليس مانعاً لا للميراث ولا للوصية، لعموم نصوص القرآن ولعدم ثبوت الحديث لديهم".

[2] كقانون الوصية المصري النافذ (م١٧)، والسوري (م٢٢٣) والتونسي الفصل (١٧٩).

الشرط الرابع- ان لا يكون وارثاً:

هذا الشرط مختلف فيه كالآتي:

أ- قال بعض الفقهاء:[1] لا تجوز الوصية للوارث مطلقاً، سواء أجازت الورثة أم لا، غير أن الإجازة من أهلها تحول الوصية إلى الهبة من الورثة للموصى له، فيُشترط في المجيز والموصى له ما يُشترط في الواهب والموهوب له من الشروط.

واستدلوا على عدم الجواز بأدلة منها:

١- في الوصية للوارث إلحاق الضرر ببقية الورثة، وقد نهى القرآن الكريم عن ذلك في قوله تعالى: ﴿مِن بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَى بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرَ مُضَآرٍّ﴾[2]. وأكد هذا النهي قول الرسولﷺ: ((الإضرار في الوصية من الكبائر)).[3]

٢- بعد أن حدد القرآن الكريم حق كل وارث، قال الرسول الكريمﷺ: ((إن الله أعطى كل ذي حق حقه، فلا وصية لوارث)).[4]

وأخذ بهذا الإتجاه بعض التشريعات العربية.[5]

ب- وقال البعض:[6] الوصية صحيحة غير نافذة فهي موقوفة على اجازة الورثة، فإن أجازوها بعد وفاة الموصي صحّت ونُفذت، وإلاّ فتبطل، وبهذا أخذ بعض التشريعات في البلاد العربية.

---

[1] قال الظاهرية (المحلى ٩/٣١٦): "لا تحمل الوصية لوارث اصلا، فإن أوصى لغير وارث وصار وارثا عند موت الموصي، بطلت الوصية له. فإن أوصى لوارث ثم صار غير وارث لم تجز له الوصية، لأنها إذا عقدها كانت باطلة وسواء جوزت الورثة ذلك أم لم يجوزوا".
وقال المالكية (الخرشي ٨/١٧١): "تبطل الوصية للوارث بأن يوصي بما يخالف حقوقهم أو لبعض دون بعض"... وقال الشافعية (المهذب ٢/٤٥١): "واختلف قول الشافعي في الوصية للوارث، قال في أحد القولين لا تصح لقول النبيﷺ: ((لا وصية لوارث)).
وقال بعدم الجواز أيضا بعض الزيدية (التاج المذهب ٤/٣٦٦) و(الدراري المعنية ٢/٢٦٠).

[2] النساء : ١٢

[3] رواه سعيد بن منصور بإسناد صحيح عن ابن عباس، ورواه النسائي مرفوعا ورجاله ثقاة.

[4] سبل السلام (٣/٣٨).

[5] كالقانون المغربي الفصل (١٧٦): "لا وصية لوارث".

[6] قال الحنفية (البدائع الصنائع ١٠/٤٨٥٠): "ولو أوصى لبعض ورثته فأجاز الباقون جازت الوصية، لأن امتناع الجواز كان لحقهم لما يلحقهم من الأذى والوحشية باثبات البعض. وفي بعض الروايات ((لا وصية لوارث إلا أن يجيزها الورثة))"... والقول الثاني للشافعي (المهذب ١/٤٥١): "تصح الوصية لوارث لما روى ابن عباس ان النبيﷺ قال: ((لا تجوز لوارث وصية إلا إن شاء الورثة)).

وأصحاب هذا الاتجاه يستندون إلى أدلة أهمها هي:

١- إن سبب حظر الوصية للوارث هو ما يلحق بالورثة من الضرر وما يحدثه من الحقد والشعور بالتفريق والتمييز.. وإن هذا السبب غير قائم في حالة اجازة بقية الورثة بعد وفاة الموصي وهم أهل لهذه الإجازة عندئذ.

٢- إن حديث ((لا وصية لوارث)) في بعض الروايات ثبتت فيه الزيادة: ((إلا أن يُجيزها الورثة)).[١] وبناء على هذا الإستثناء تعتبر الوصية للوارث صحيحة ونافذة إذا أجازها بقية الورثة وهم أهل لذلك.

ج- وقال فقهاء الجعفرية[٢] وفقهاء الزيدية[٣]: تجوز الوصية للوارث في حدود الثلث مطلقا سواء أجازت الورثة أم لا.

وذلك لأن الوجوب في قوله تعالى ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمْ إذا حَضَرَ أَحَدَكُمْ الْمَوْتُ..الآية﴾ رفع بآيات الميراث، وإذا رفع الوجوب حل محله الجواز، وبناء على ذلك فإن قول الرسولﷺ ((لا وصية لوارث)) يعني نفي الوجوب لا الجواز. أي أنها لم تبق واجبة كما كانت في السابق قبل نزول آيات الميراث.

وأخذ بهذا الرأي المشرع العراقي في المادة (١١٠٨- مدني) التي نصها: "تجوز الوصية للوارث وغير الوارث في ثلث التركة ولا تنفذ فيما جاوزت الثلث إلا بإجازة الورثة"، واتبع نفس الإتجاه مشروع القانون المدني الجديد.

ومما تجدر الإشارة إليه هو أنه يعتد بوقت وفاة الموصي في اعتبار الموصى له وارثاً أو غير وارث[٤] في الخلافات المذكورة لفقهاء الشريعة.[١]

وقال الحنابلة (المغني ٦/٦): "لا وصية لوارث إلا أن يجيز الورثة".

[١] نيل الأوطار ٤٦/٦

[٢] في الروضة البهية (٥٥/٢): "وتستحب الوصية لذوي القرابة وارثاً كان أم غير وارث، لقوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ... الآية﴾. ولأن فيه صلة الرحم.

[٣] التاج المذهب (٤٠٣/٤)

[٤] في الخرشي (١٧١/٨): "ومن أوصى بوصية في حال صحته أو مرضه لأخيه، ثم ولد له ولد، فإن الوصية تصح، لأن الوارث صار غير وارث. واعتبر في الوصية ما يؤول إليه وهو يوم الموت ولو أوصى لإمرأة ثم تزوجها في صحته ثم مات، فإن الوصية تبطل، لأن غير الوارث صار وارثا والمعتبر يوم الموت".

الرأي الأفقه:

وبعد هذه الخلاصة لدراسة آراء فقهاء المسلمين (رحمهم الله) يبدو لنا رأي رابع يمكن أن يُجمع فيه بين جميع الأدلة المتعارضة، وهو جواز الوصية لبعض الورثة في حدود الثلث مطلقاً، سواء أجازها البقية أم لا، إذا كانت هناك حاجة أم مصلحة أو ضرورة تدعو إلى هذه الوصية وإفراد بعض الورثة بها، كما في الحالات التالية:

أ- إذا كان الموصى له طالب علم وهو بحاجة إلى هذه الوصية لإكمال دراسته بعد وفاة مورّثه.

ب- أو كان معوّقا ومصابا بعاهة مستديمة تمنعه من الكسب، أو كان كبير السن بحيث يكون عاجزا عن كسب نفقته ونفقة من هو مكلّف بالإنفاق عليه.

ج- أو كان بين الورثة تفاوت ثقافي أو اقتصادي أو وظيفي.. بأن يكون أحد الورثة طبيبا أو مهندساً أو محامياً، والآخر يكون محروما من هذه المؤهلات وضعيفا في المستوى الإقتصادي وهكذا..

د- أو كان الموصى له قد ساهم في حياة الموصي في تكوين الثروة التي تحولت إلى التركة بعد الوفاة.

هـ- أو كان غير متزوج وهو بأمسّ الحاجة إلى الزواج بخلاف البقية، ويحتاج إلى نفقات وتكاليف الزواج.

و- أو أيّ سبب أخلاقي وديني وانساني آخر يدعو إلى تمييز بعض الورثة بالوصية لهم.

أما إذا كان الكل في مستوى واحد من الناحية الإقتصادية والثقافية والطاقة البدنية، فإن التمييز بينهم وتفضيل بعضهم على بعض بالوصية عمل حرام، لما يترتب عليه من الحقد والحسد والتمزق-في بعض الحالات- وغير ذلك مما يأباه الإسلام والعقل السليم.

الشرط الخامس- أن لا يكون الموصى له جهة معصية:

هذا الشرط مطلوب لصحة الوصية، سواء كان الموصي مسلماً أم غير مسلم،[٢] وبناء عليه: فلا تجوز الوصية لإقامة مجلس الفاتحة والتعزية، ولإطعام النائحات اللاتي اجتمعن في

---

[١] باستثناء فقهاء الظاهرية (المحلى ٣١٦/٩) كما سبق حيث قالوا بالبطلان مطلقا سواء كان وارثا وقت الوصية أم وقت الموت.

[٢] المغني (١٠٥/٦)، الأنوار (٢٣/٢)، المحلى (٣٢٧/٩).

دار الميّت للنياحة، لأن ذلك حرام قطعاً.[1]

والعادة المتبعة في الوقت الحاضر من صرف الأموال الطائلة لأجل المباهاة والمفاخرة من الأمور المستحدثة والبدع المنكرة التي يجب على المسلمين اجتنابها، وعلى المسؤولين وضع حد لهذه الأعراف التي لا أساس لها في الإسلام، ولا مكان في العقل السليم وبصورة خاصة يوم الأربعينية، يوم تجديد هذه المنكرات، والذكرى الأولى بمناسبة مرور عام على الوفاة.

الشرط السادس- أن لا يكون الموصى له حربياً:

هذا الشرط مطلوب لصحة الوصية أيضا، سواء كان الموصي مسلما أم غير مسلم، لأن التبرع بتمليك المال إياه يكون اعانة على المعصية، وإنه لا يجوز وبالإمكان اعتبار هذا الشرط داخلا ضمن الشرط الخامس، لأن الوصية للحربي تكون معصية.

الشرط السابع- أن لا يكون الموصى له مجهولاً جهالة جسيمة:

يشترط لصحة الوصية أن لا يكون الموصى له مجهولا جهالة جسيمة لا يمكن ازالتها، لأن الجهالة التي لا يمكن استدراكها تمنع من تسليم الموصى به إلى الموصى له، فإذا أوصى لرجل من سكان بغداد مثلا، لا يصح بلا خلاف، ولو قال: أوصيت لأحد هذين الرجلين، تكون المسألة خلافية تصح عند بعض وتبطل عند بعض للجهالة الجسيمة.[2] لكن لو أوصى لفقراء قرية أو مدينة أو منطقة، صحّت الوصية، لأنهم وإن كانوا لا يُحصون، لكنهم يتميزون بوصف الفقير والمسكين.[3]

الشرط الثامن- قبول الموصى له للوصية:

وقد سبق تفصيل هذا الشرط في المبحث الأول، فمنهم من قال أنه شرط النفاذ -وهو الراجح- ومنهم من ذهب إلى القول بأنه شرط الصحة.

---

[1] بدائع الصنائع (١٠/٤٨٩١). المغني (٦/١٠٤).

[2] في البدائع الصنائع (١٠/٤٨٩٤): "ولو أوصى لأحد هذين الرجلين لا يصح في قول أبي حنيفة وعندهما (عند الصاحبين) يصح: فعند أبي يوسف الوصية تكون بينهما نصفين، وعند محمد الخيار الى الوارث يعطي ايهما شاء".

[3] المرجع السابق (١٠/٤٨٦٦)، الروضة البهية (٢/٤٩).

المبحث الرابع

الموصى به وشروطه

الموصى به-كما سبق في المقدمة- يشمل الإنشاءات كتمليك الأعيان المنقولة وغير المنقولة، والحقوق المقومة بالمال كحقوق الإرتفاق، والحقوق المتعلقة بالمال كتأجيل الدين بعد حلول أجله، وتمليك المنافع كسكنى الدار وزراعة الأرض واستحقاق الغلة والثمرة، كما يشمل الإسقاطات كإبراء المدين من الدين، والكفيل مما تكفل به.

ولصحة الوصية يشترط في الموصى به أن تتوفر الشروط الأربعة التالية: [1]

الشرط الأول- أن يكون مما ينتقل بالإرث:

يشترط في الموصى به أن يكون قابلاً للإنتقال من المورّث إلى الوارث كالأموال العينية، وحقوق الإرتفاق، والديون الثابتة في ذمة الغير.. فإن لم يكن كذلك اشترط فيه أن يكون صالحاً لأن يصبح محلاً للتعاقد في حال حياة الموصي، كالمنفعة التي تُملك الإجارة أو الإعارة.[2]

فإن لم يكن مما ينطبق عليه أحد الأمرين، تكون الوصية باطلة، والتركة التي تنتقل بالإرث هي الأموال بكافة أنواعها، سواء كانت عقارات أم منقولات، مثلية أم قيمية، وسواء أكانت في حيازة صاحبها أم كانت في حيازة يد نائبة عن يده كيد المستعير والمستأجر، أو معتدية كيد الغاصب والسارق.. وسواء أكانت مفرزة أم حصة مالية شائعة، وسواء أكانت حقاً عينياً أم حقاً مالياً ثابتاً في ذمة الغير كالديون. وبناء على هذا الشرط لا تجوز

---

[1] الأنوار (٢/٢٣): "الركن الثالث الموصى به وله شروط:
الأول- أن يكون مقصوداً يستصحب فلا يصح ما يحرم اقتناؤه والإنتفاع به كالخمر والخنزير.
الثاني- أن لا يكون حراماً.
الثالث- ان يقبل النقل من شخص لآخر بغير الإرث فلا يصح بالقصاص وحد القذف وحق الشفعة والخيار.
الرابع- أن يصادف ماله (أي أن يكون مملوكاً له).
الخامس- أن يكون فاضلا عن دينه ومؤنة تجهيزه.."

[2] الروضة البهية (٢/٤٩) "ولا تصح الوصية بما لا يقبل النقل".

الوصية بما خُصص للنفع العام كالأموال الموقوفة في الشريعة الإسلامية، والأموال الأثرية في القانون، لأنها غير قابلة للتعامل بعد ان اكتسبت صفة العمومية.

وأقرّ المشرع العراقي هذا الشرط في المادة (٦٩) من قانون الأحوال الشخصية التي نصها: "يشترط في الموصى به أن يكون قابلاً للتمليك بعد موت الموصي". وأخذت به التشريعات العربية.[1]

الشرط الثاني- أن يكون متقوماً:

الموصى به-كما سبق- قد يكون مالاً وقد يكون حقا من الحقوق التي في معنى المال. فإذا كان مالا يُشترط لصحة الوصية به أن يكون متقوماً في شريعة الموصي، والمتقوم هو المال المحرز بالفعل، ويحل الإنتفاع به شرعا في حالتي السعة والإختيار،[2] ويسمى متقوما لأن له قيمة تجب باتلافه عند الإعتداء عليه.

الشرط الثالث- أن يكون موجودا عند الوصية في ملك الموصي، إن كان معيناً بالذات:

والموصى به إما أن يكون معيناً بالذات، أو حصة شائعة في معين. أو يكون معينا بالنوع أو حصة شائعة فيه، أو يكون فردا أو عددا شائعاً في معين بالنوع، أو يكون منفعة أو ما في حكمها كالغلة والثمرة، أو يكون سهماً شائعاً في جميع المال. فإن لم يكن معيناً بالذات ولا جزءً شائعاً من معين بالذات، فلا يُشترط وجوده عن الوصية في ملك الموصي، وإنما يشترط وجوده في ملكه عند الوفاة.

فإذا قال أوصيت لفلان بكتبي وليس له كتب وقت الوصية، صحت وصيته إذا كان مالكا لها حين الوفاة وإلاّ بطلت.

---

[1] كقانون الوصية المصري النافذ (م١٠) والسوري (م٢١٦).

[2] المهذب (٤٥٢/٢): "وتجوز الوصية بما يجوز الإنتفاع به من النجاسات كالسماد والكلب المعلم وجلد الميتة، لأنه يحل اقتناؤها للإنتفاع بها، فجاز نقل اليد فيها بالوصية. ولا يجوز بما لا يحل الإنتفاع به كالخمر والخنزير والكلب العقور".

الشرط الرابع- أن يكون الموصى به في حدود ثلث التركة:

هذا الشرط اختلف فيه فقهاء الشريعة الإسلامية، وتعرض للإستفسارات التالية:
هل هو شرط الصحة أو شرط النفاذ؟
وهل هو معتبر حتى ولو لم يكن للموصي وارث؟
وهل الإعتداد في تقويم الثلث بوقت الوصية أو بوقت الوفاة؟
وهل يعتد بإجازة الورثة في حياة الموصي أو تجب أن تكون بعد وفاته؟
وفيما يلي الإجابة عن هذه الأسئلة بصورة موجزة:

اولاً- اختلفوا في تحديد طبيعة الشرط:

أ- قال جمهور الفقهاء شرط كون الموصى به في حدود الثلث شرط لنفاذ الوصية، فالوصية بما زاد عن الثلث صحيحة ولكنها موقوفة على إجازة الورثة.[1] فإذا أجازوها وهم أهل للإجازة نُفذت في الزيادة بالأثر الرجعي وإن رفضوها بطلت في الزائد بالأثر الرجعي.
وحجتهم: أن المنع من الوصية بأكثر من الثلث جاء لرعاية حق الورثة، فإن اسقطوا حقهم برضاهم وهم أهل للتبرع جازت الوصية في الزائد.

ب- وقال الظاهرية: شرط عدم زيادة الموصى به عن الثلث شرط الصحة، فإن زاد تكون باطلة في الزائد، سواء كان له وارث أم لا، وسواء أجازت الورثة أم لا، وذلك لنهي

---

[1] قال الحنفية (بداية المبتدي والهداية مع تكملة فتح القدير ٤١٥/١٠): "ولا تجوز بما زاد عن الثلث، يقول النبيﷺ لسعد بن أبي وقاص: ((الثلث والثلث كثير))، بعد ما نفى وصيته بالكل والنصف، لأنه حق الورثة.. إلا أن يجيزه الورثة بعد موته وهم كبار".
وقال الشافعية (مغني المحتاج ٣،٤٦): "ينبغي أن لا يوصي بأكثر من ثلث ماله.. فإن زاد في الوصية على الثلث ورده الوارث الخاص المطلق التصرف بطلت في الزائد. وإن أجازه فإجازته تنفيذ وإمضاء لتصرف الموصي بالزائد".
قال الحنابلة (المغني ١٢/٦): "ومن أوصى لغير وارث بأكثر من الثلث فأجاز ذلك الورثة بعد موت الموصي جاز، وإن لم يجيزوا رُد الثلث".
وقال الشيعة الإمامية (الروضة البهية ٥٠/٢): "ويشترط في الزائد عن الثلث إجازة الوارث وإلا بطل".
وقال المالكية (الشرح الصغير مع الصاوي ٤٣٦/٢): "وإذا أوصى لوارث بزائد عن الثلث في صحته أو مرضه، فلبقية الورثة أو للوارث الإجازة والرد".

الرسولﷺ عن الزيادة على الثلث والنهي عن الشيء يقتضي بطلانه.[١]
ويؤخذ من كلام بعض فقهاء المالكية[٢] انهم لا يختلفون مع الظاهرية في اعتبار شرط الصحة وبطلان الوصية في الزائد وهو أحد قولي الشافعي.[٣]
قال الشوكاني:[٤] واحتجوا من جهة المعنى بأن المنع إنما كان في الأصل لحق الورثة، فإن أجازوه لم يمتنع".

ثانيا- فرّق بعض الفقهاء بين من له وارث ومن لا وارث له:

أ- قال بعض الفقهاء: الوصية بأكثر من ثلث التركة في حالة عدم وجود وارث خاص باطلة، لأن الثلثين الآخرين تؤول ملكيتهما إلى بيت المال (الخزانة العامة) ولا يوجد من يملك حق الإجارة في الأموال العامة، لأن المجيز لحقٍ لابد أن يكون مالكه ومالك بيت المال الأمة بأسرها. ولأن الرسولﷺ منع الوصية بأكثر من الثلث منعا مطلقاً ولا يُقيّد بحالة وجود الوارث إلا بدليل ولا دليل.[٥] وهذا الإتجاه هو ما استقر عليه رأي

---

[١] قال ابن حزم (المحلى ٣١٧/٩): "ولا تجوز الوصية بأكثر من الثلث، كان له وارث أو لم يكن له وارث، أجاز الورثة أم لم يجيزوا. صح من طرق عن سعد بن ابي وقاصؓ أنه قال: عادني رسول اللهﷺ فقلت: أوصي بمالي كله؟ قال: لا. قلت: فالنصف؟ قال: لا. قلت: فالثلث؟ قال: نعم والثلث كثير...الى آخره". لمزيد من التفصيل راجع المحلى (٣١٧/٩- ٣٢٢).

[٢] قال الخرشي (١٧١/٧): "كما أن الوصية تبطل لغير الوارث بما زاد على الثلث الموصى به يوم التنفيذ ولا يُعتبر يوم الموت. وإذا أجاز الورثة ما أوصى به الموصي لبعض الورثة أو ما زاد على الثلث لغير الوارث، فإن ذلك يكون منهم ابتداء عطية لا أنه تنفيذ للوصية، فلابد من قبول الموصى له ولا تتم إلاّ بالحيازة". لأنها هبة وليست وصية.

[٣] المهذب (٤٥٠/١) فإن كان له وارث ففيه قولان: أحدهما أن الوصية تبطل بما زاد عن الثلث لأن النبينهى سعدا عن الوصية بما زاد على الثلث والنهي يقتضي الفساد.

[٤] نيل الأوطار ٦،٤٧

[٥] قال الشافعية (مغني المحتاج ٤٧/٣): "أما إذا لم يكن له وارث خاص، فالوصية بالزائد لغو، لأنه حق المسلمين، فلا مجيز".

وقال الحنابلة (المغني ١٠٧/٦): "ومن أوصى بكل ماله ولم يكن له وارث من اصحاب الفروض والعصبات، روي عن أحمد أن وصيته جائزة بكل ماله، ثبت هذا عن ابن مسعود وبه قال أهل العراق. والرواية الأخرى (أي عن أحمد)" لا يجوز إلا بثلث وبه قال مالك والأوزاعي وابن شبرمة والشافعي، لأنه له من يعقل عنه (يقصد بيت المال) فلم تنفذ وصيته في أكثر من ثلثه، كما لو ترك وارثا خاصاً".

جمهور الفقهاء.

ب- ذهب البعض إلى القول بجواز الوصية بكل المال إذا لم يكن للموصي وارث خاص. واحتج اصحاب هذا الرأي بأن المنع من الوصية بأكثر من الثلث لغرض مصلحة الورثة وعدم إلحاق الضرر بهم، كما يُفهم هذا التعليل من قول الرسولﷺ: ((إنك إن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تذرهم عالة يتكففون الناس)). فعندما لا يوجد للموصي وارث خاص يتضرر بالوصية تنتفي العلة، والحكم يدور مع علته وجودا وعدما.[1]

ثالثا- اختلفوا في وقت تقويم التركة لتحديد ثلثها:

أ- قال جمهور الفقهاء: في التقويم يعتد بوقت الوفاة، ووجه الإعتبار قيمة التركة والموصى به وخروجه من الثلث في حالة الموت عند أكثر فقهاء المسلمين، هو أنها وقت لزوم الوصية وتعلق الوصية بالتركة.[2]

وقال ابن حزم (المحلى ٩/٣٢٧-٣٢٨): "ولا تجوز الوصية بأكثر من الثلث كان له وارث أو لم يكن له وارث، وأجاز الورثة أم لم يُجيزوا، لحديث سعد (الثلث والثلث كثير)".

وقال الشوكاني (نيل الأوطار ٦/٤٤): "واستقر الإجماع على منع الوصية بأزيد من الثلث، لكن اختلفوا فيمن ليس له وارث خاص، فذهب الجمهور الى منعه من الزيادة على الثلث وجوز الحنفية الزيادة واسحاق وشريك واحمد في رواية وهو قول علي وابن مسعود".

[1] وقال الحنابلة (٦/١٠٧) في تقرير إحدى روايتي احمد القائلة بالجواز: "ولنا أن المنع من الزيادة عن الثلث إنما كان لتعلق حق الورثة، بدليل قول النبيﷺ ((إنك إن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس)) وههنا لا وارث له ليتعلق حق بماله".

وفي سبل السلام (٣/١٣٨): "والحديث ورد في من له وارث، فأما من لا وارث له، فذهب مالك الى أنه مثل من له وارث. وأجاز الهادوية والحنفية الوصية بالمال كله وهو قول ابن مسعود".

وفي نيل الأوطار (٦/٤٤): "واختلفوا فيمن ليس له وارث خاص، فجوز الحنفية الزيادة واسحاق وشريك وأحمد في رواية وهو قول على وابن مسعود".

[2] قال الحنابلة (المغني ٦/١٥٤): "إن الإعتبار في قيمة الموصى به وخروجها عن الثلث أو عدم خروجها بحالة الموت، لأنها حالة لزوم الوصية ويعتبر قيمة المال فيها، وهو قول الشافعي وأصحاب الرأي ولا أعلم فيه خلافا".

وقال الإمامية (الروضة البهية ٢/٥٠): "والمعتبر بالتركة بالنظر الى مقدارها ليعتبر ثلثها حين الوفاة لا حين الوصية ولا ما بينهما، لأنه وقت تعلق الوصية بالمال".

ب- وقال الظاهرية: المعتبر هو وقت انشاء الوصية، لأنها عقد ينصب على المحل الموجود حين انشائه، ولا يعتد بالزيادة التي تحدث بين الوصية والوفاة، فكل زيادة تحصل خلال هذه الفترة لا تشملها الوصية.[1]

ج- وقال المالكية: يقدر مقدار الوصية يوم التنفيذ، لأنه وقت استقرارها وتعلق حق الموصى له بالموصى به.[2]

رابعا- اختلفوا في وقت الإجازة:

أ- قال جمهور فقهاء الشريعة: إن وقت إجازة الورثة لما زاد عن الثلث هو ما بعد وفاة الموصي لا حال حياته لسببين:

أحدهما: الإجازة وقت حياة الموصي تقع قبل ثبوت الحق للمجيز فمن لا يملك حقاً لا يملك اسقاطه.

وثانيهما: الإجازة اسقاط حق فلا بد أن يتوفر فيها عنصر الرضا وتوفره حال الحياة غير مؤكد لإحتمال قيام إكراه معنوي (أدبي) كالحياء أو المادي كالخوف من ضرر مالي أو بدني.[3]

قال الحنفية (البداية والهداية مع تكملة فتح القدير ٤٤٩/١٠): "ومن أوصى بثلث ماله ولا مال له واكتسب مالا، استحق الموصى له ثلث ما يملكه عند الموت، لأن الوصية عقد استخلاف مضاف الى ما بعد الموت ويثبت حكمه بعده، فيشترط وجود المال عند الموت لا قبله".

[1] قال ابن حزم (المحلى ٣٢١/٩): "ومن أوصى بأكثر من ثلث ماله ثم حدث له مال، لم يجز من وصيته إلا مقدار ثلث ما كان له حين الوصية، لأن ما زاد على ذلك عقده عقد حرام لا يحل وما كان باطلا فلا يجوز أن يصح في ثان إذا لم يعقد".

[2] وقال الخرشي (١٧١/٨): "تبطل الوصية للوارث كما أنها تبطل لغير الوارث بما زاد على ثلث الموصى به يوم التنفيذ ولا يعتبر يوم الموت".

وللشافعية قولان، أحدهما يتفق مع الظاهرية وثانيهما هو ما أقرّه الجمهور من أن العبرة بوقت الوفاة (المهذب ٤٥١/١).

[3] في البداية والهداية مع تكملة فتح القدير (٤١٧/١٠): "ولا يعتبر باجازتهم في حال حياته، لأنها قبل ثبوت الحق إذ الحق يثبت عند الموت، فكان لهم أن يردوه بعد وفاته بخلاف ما بعد الموت، لأنه بعد ثبوت الحق فليس لهم أن يرجعوا عنه".

وفي المهذب(٤٥٠/١): ولا يصح الرد والإجازة إلا بعد الموت، لأنه لا حق له قبل الموت، فلم يصح اسقاطه كالعفو عن الشفعة قبل البيع".

ب- وقال البعض: تكفي الإجازة في حياة الموصى، لأن للورثة الحق في ماله بدليل أن لهم أن يمنعوا من التصرف المضر بهم سواء أكان في حال الصحة أم في مرض الموت.[١]

ج- وفصّل المالكية[٢] فقالوا: إذا أوصى في مرض الموت بأكثر من الثلث وأجازها الوارث قبل الموت، فإن تلك الإجازة تلزم الوارث إذا كانت بعيدة عن شائبة الإكراه. أما إن كان له عذر بأن كانت نفقته على الموصي ويُخشى أنه إن لم يجز وصيته قطع عنه النفقة، أو كان عليه دين للموصي ويخشى أنه إن لم يُجزها طالبه بدينه وسجنه.. فإن الإجازة في حال حياة الموصي لا تلزمه، فله الرجوع عنها بعد وفاته.

الإستنتاج:

بعد عرض المسائل الأربع المذكورة والمتعلقة بالشرط الرابع يمكن استنتاج النتائج الآتية:

١- منشأ الخلاف في المسألة الأولى: هو الإختلاف في مقتضى النهي في حديث سعد بن أبي وقاص عن الوصية بأكثر من الثلث، فمن قال: إنه يقتضي فساد المنهى عنه[٣] قال الشرط للصحة. ومن قال انه لا يقتضي الفساد لأنه لوصف غير لازم وهو ضرر الورثة، قال الشرط النفاذ، فالمتضرر من الورثة مخير بين إجازة الزائد وبين رفضه وفسخ الوصية فيه.

وثمرة الخلاف: أن الزائد على الرأي الأول هبة من المجيز للموصى له، فيخضع لأحكام الهبة، وعلى الرأي الثاني وصيته من الموصي يخضع لشروطها وأحكامها.

والأفقه هو الرأي الثاني لقوة أدلة الجمهور.

٢- ومنشأ الخلاف في المسألة الثانية: هو الإختلاف في تعليل النهي عن الزيادة. فمن قال: إن علة المنع هي حاجة الورثة إلى التركة، قال: إن لم يكن له وارث فله أن يوصي بماشاء من ماله، لأن الحكم ينتفي بانتفاء علته. ومن لم ينظر إلى هذا التعليل واعتبر

وفي المغني (١٢/٦): "من أوصى لغير وارث بأكثر من الثلث فأجاز ذلك الورثة بعد موت الموصي جاز وان لم يجيزوا رد الى الثلث".

[١] قال فقهاء الإمامية (الروضة البهية ٢/٥٠): "وتكفي الإجازة حال حياة الموصي وإن لم يكن الوارث مالكا الآن لتعلق حقه بالمال وإلا لم يمنع الموصي من التصرف فيه".

[٢] الخرشي ٨/١٨٠.

[٣] وهو رأي الظاهرية والمالكية وقول للشافعي.

المنع من حدود الله التي نهى القرآن عن تجاوزها ﴿تِلْكَ حُدُودُ اللّهِ فَلاَ تَعْتَدُوهَا﴾[١].
قال بالمنع مطلقاً سواء أكان له وارث أم لا.[٢]

والأفقه هو جواز الوصية بكل التركة في حالة عدم وجود الوارث الخاص ما لم يكن بيت المال (الخزانة العامة) بحاجة إليها، لأنها وارثة لمن لا وارث له، وإلا فتُقاس في حاجتها على الوارث الخاص، والأمر متروك لتقدير القاضي.

٣- وأساس الخلاف في المسألة الثالثة: هو الإختلاف في وقت نشوء السبب، فمن قال: إنه يتحقق وقت الوفاة قال: تُقدر قيمة التركة في هذا الوقت. ومن ذهب إلى أنه ينشأ بصدور الوصية عن الموصي اعتد بهذا الوقت. والأفقه هو أن العبرة بوقت الوفاة إذا كانت الوصية لجزء شائع من التركة كالثلث والربع ونحوهما، وبوقت الوصية إذا كانت بجزء معين على أن لا يتجاوز ثلث التركة وقت الوفاة.

٤- أما الخلاف في المسألة الأخيرة (وقت الإجازة): فأساسه الإختلاف في تحديد وقت تعلق حق الورثة بمال مورثهم، فمن قال: أنه موجود مطلقا اعتد بإجازة الورثة في حياة الموصي، سواء أوصى في حالة الصحة أم في مرض الموت، ومن قال: ان هذا الحق غير موجود إلا بعد وفاة الموصي، قال: إن إسقاطه في حياته لغو، لأن فاقد الشيء لا يعطيه. ومن فصّل وفرّق بين حالتي الصحة والمرض فقال: أن حق الوارث يتعلق بمال مورثهم في مرض موته، أعتد بالإجازة في هذه الحالة إذا كانت خالية من عيوب الإرادة.[٣]

وهذا الأخير هو أفقه الآراء للإجماع على أن تبرعات المريض مرض الموت تسري عليها أحكام الوصية.[٤]

---

١ البقرة:٢٢٩

٢ قال ابن حزم (المحلى ٣١٨/٩): "وقال طائفة من لا وارث له، فله أن يوصي بماله كله، لأن الرسولﷺ علل المنع بحاجة الورثة الى التركة، فقال: ((أن تدع ورثتك أغنياء... الى آخره)). فإن لم تكن له ورثة فقد انتفت العلة فله أن يوصي بما شاء".

ثم رد ابن حزم هذا التعليل فقال: "ولا يحل أن ينسب الى الرسولﷺ أنه علل علة فاسدة منكرة حاشا له من تلك".

٣ وهذا الرأي هو مذهب المالكية.

٤ باستثناء الظاهرية وهم لا يفرّقون في الحكم بين تبرعات الصحة ومرض الموت.

وبما تجدر الإشارة إليه أن إجازة الوارث إنما يُعتد بها إذا كان أهلا لهذه الإجازة وعالما بمقدار الزيادة، وبناء على ذلك لو ادعى بعد الإجازة أنه إنما أجاز لكونه ظانّا أن الزائد قليل وبعدئذ تبين خطؤه وهو يرفض الإجازة، ففي هذه الحالة ينظر:

أ- فإن قامت بيّنة على علمه بالمقدار الحقيقي، فلا يُقبل رجوعه إلا على قول من يرى أن الإجازة هبة مبتدأة.

ب- وان لم تقم بينة على خلاف دعواه ولم يكن المال ظاهرا بحيث لا يخفى عليه، فالقول قوله مع اليمين، لأن الإجازة بمثابة الإبراء، فلا يصح الإبراء في المجهول، والأصل عدم العلم.

موقف المشرع العراقي:

أ- اعتبر عدم الزيادة على الثلث شرطا لنفاذ الوصية لا لصحتها، فهي صحيحة في الزيادة، ولكنها موقوفة على اجازة الورثة فنصت المادة (٧٠) من قانون الأحوال الشخصية على أنه "لا تجوز الوصية بأكثر من الثلث إلا بإجازة الورثة، وتعتبر الدولة وارثة لمن لا وارث له".

ب- لم يفرق بين الوصية للوارث وغير الوارث، فنصت المادة (١١٠٨) من المدني النافذ على أنه "تجوز الوصية للوارث وغير الوارث في ثلث التركة ولا تُنفذ فيما جاوز الثلث إلا بإجازة الورثة"، وهي مطابقة تماما للمادة (٢٢٧) من مشروع المدني الجديد، ولكن لم يُحدد المشرع العراقي وقت الإعتداد بهذه الإجازة، وحسنا فعل المشرع السوري في المادة (٢٣٨)[1] من قانون الأحوال الشخصية النافذ حين حدد وقت الإجازة بما بعد الوفاة واشترط صراحة أهلية المجيز وأخذ بالرأي القائل بعدم جواز الوصية للوارث مطلقا إلا بإجازة الورثة.

ج- في الوصية بجميع التركة أخذ المشرع العراقي برأي من قال بجوازها عند عدم وجود الوارث الخاص في المادة (٨٨) من قانون الأحوال الشخصية التي نصها:

"المستحقون للتركة هم الأصناف الآتية:

١- الوارثون بالقرابة، والنكاح الصحيح.

٢- المقر له بالنسب.

---

[1] نص المادة (٢/٢٣٨): "لا تنفذ للوارث ولا فيما زاد على الثلث، إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي وكان المجيز كامل الأهلية".

٣- الموصى له بجميع المال.

٤- بيت المال."

د- لم يتطرق المشرع لوقت تقويم التركة لتحديد ثلثها، بل أحال القاضي في ذلك إلى الفقه الإسلامي، بموجب المادة الأولى من قانون الأحوال الشخصية.

ومما تجدر الإشارة إليه أن هناك بعضاً[1] زعم وجود التناقض بين المادة (٧٠) التي تعتبر الدولة وارثة لمن لا وارث له،[2] وبين المادة (٨٨) الفقرة الثالثة التي تقر الوصية بجميع المال، لأن المشرع اعتبر الموصى له بجميع المال من جملة المستحقين لتركة من يتوفى ولم يكن له وارث من القرابة أو الزواج الصحيح ولا مقر له بالنسب، وليس لممثل بيت المال حق الإجازة.

والواقع أن التناقض لما يتصور بين القول بالوصية بجميع المال دون اجازة أحد وبين وجود الوارث الخاص بالقرابة أو بالزواج الصحيح.

أما بين الوصية بجميع المال وبين اعتبار الدولة وارثة لمن لا وارث له، لا يوجد أي تناقض لا في فقه أبي حنيفة ومن وافقه الذي أخذ به المشرع العراقي ولا من القانون الوضعي.[3]

وقد أجمع فقهاء الشريعة على أن بيت المال وارث لمن لا وارث له، مع أن بعضهم[4] قالوا بجواز الوصية بجميع المال عند عدم وجود وارث خاص.

---

[1] كالزميل الدكتور أحمد الخطيب في كتابه الوقف والوصايا، ص٢٨٣.

[2] وهي مطابقة للمادة (٢/٢٢٧) من مشروع القانون المدني الجديد "تكون الدولة وارثة لمن لا وارث له".

[3] نصت المادة (٣٧) من قانون الوصية المصري: "وتنفذ وصية من لا دين عليه ولا وارث له بكل ماله أو بعضه من غير توقف على اجازة الخزانة العامة".

والفصل (٨٧) التونسي: "فإذا لم يوجد ورثة آلت التركة أو ما بقي منها الى صندوق الدولة".

مع الفصل (١٨٨) التونسي: "من لا دين عليه ولا وارث له تنفذ وصيته ولو بكل ماله بدون توقف على ميراث صندوق الدولة".

والمادة (٢٦٢) من قانون الأحوال الشخصية السوري: "٣- إذا لم يوجد من هؤلاء آلت التركة أو ما بقي منها الى الخزانة العامة".

مع المادة (٢٣٨) منه: "٤- تنفذ وصية من لا دين عليه ولا وارث له بكل ماله من غير توقف على اجازة أحد".

[4] في البدائع ٤٩٢٦/١٠: "ولو أوصى بما زاد على الثلث ولا وارث له، تجوز من جميع المال عندنا".

وفي تنوير الأبصار ٦٥٢/٦): "وحجته بالكل عند عدم ورثته.

وفي المغني لابن قدامة ٦٠٧/٦: "اختلفت الرواية عن أحمد فيمن لم يخلف من وراثة عقبه ولا ذا فرض، فروي عنه ان وصيته جائزة بكل ماله. ثبت هذا عن ابن مسعود وبه قال عبيدة السلماني، ومسروق واسحاق، وأهل العراق".

ولا محظور في الفقه الإسلامي في أن يوصي المسلم لزوجته الكتابيـة الـتي لا تـرث منـه لإختلاف الدين بجميع أمواله، أو لزوجته المسلمة بما يزيد عن استحقاقها لأنهـا ليسـت مـن أهل الرد.

والمقصود من أن (الدولة وارثة لمن لا وارث له) أن تركة المتوفى تؤول إلى الخزانة العامـة عند عدم وجود وارث خاص، وعدم وجود الموصى له بجميع المال، بقرينة أن المشـرع جعـل في المادة (٨٨) مرتبة بيت المال بعد مرتبة الموصى له بجميـع المـال، وبـدليل أن صـنع المشـرع العراقي الموجود في قوانين البلاد العربية ولم يعترض عليه أحد من هذه البلاد.

الفصل الثاني
أحكام الوصية

الوصية إما أن تكون بالعين أو بالمنفعة، ولكل منهما أحكام خاصة كما لهما أحكام مشتركة، ثم انها إما أن تكون اختيارية أو واجبة، وقد تكون متعددة فيحصل فيها التزاحم، وفي جميع الأحوال إما أن تتم الوصية وتُنفذ إذا توفرت أركانها وشروطها كما هو الغالب، أو تبطل بسبب من الأسباب المبطلة، والدراسة الموضوعية لهذه الأحكام تتطلب ان توزع من الناحية الشكلية على خمسة مباحث.

المبحث الأول
أحكام الوصية بالأعيان

الوصية إما أن تكون بعين معينة بالذات أو بجزء شائع منها، أو بعين معينة بالنوع أو بجزء شائع منها، أو تكون بجزء شائع من التركة كثلثها أو ربعها... أو بنصيب أحد الورثة، أو بسهم.. ولكل حالة أحكامها الخاصة.

أولا- إذا كانت الوصية بعين معينة بالذات بالإشارة، أو بوصف قاصر عليها مثل: أوصيت بهذه السيارة، أو بداري كذا وهو قد حدد محلها، ومساحتها وحدودها... تثبت لها الأحكام الآتية:

١- يجب أن تكون العين موجودة، ومملوكة للموصي حين انشاء الوصية وإلا تُعتبر باطلة وإن ملكها بعد الوصية.

٢- يُعتبر وقت الوفاة لتقويم الموصى به بالذات وخروجها من الثلث أو عدم خروجها.[1]
٣- تعلقت الوصية بالعين الموصى بها، فلا يجوز العدول عنها، بل يجب اخراجها بعينها عملا بتعيين الموصي وإرادته المنصرفة إلى عين معينة، إلا إذا كان الموصى له شخصا معيناً بالغا عاقلاً وافق باختياره على تبديلها بغيرها، كما يجوز لممثل الموصى له غير المعين أو الشخص المعنوي قبول البديل، إذا كان ذلك من مصلحة الموصى لـه. وفي جميع الأحوال يجب أن لا يكون العدول إلى البديل متعارضا مع غرض الموصي في وصيته.[2]
٤- إذا هلك أو استحق كل العين الموصى بها:
أ- فإن كان ذلك في حياة الموصي بطُلت الوصية.
ب- وإن كان بعد موته بطلت، لأنه عليه الضمان في المستحق، وتحولت إلى العوض إذا كان الهلاك بفعل الورثة أو طرف أجنبي. أما إذا كان الهلاك بقوة قاهرة فيكون الهلاك على الموصى له، ما لم يكن المسؤول عن تنفيذ الوصية مقصرا في التأخير، وإلا فعليه الضمان.[3]
وإذا هلك المال كله إلا العين الموصى بها فهي للموصى له[4] لأن حقه فيه دون سائر المال، وحقوق الورثة في سائر المال دونه، فأيهما تلف حقه لم يشارك الآخر في حقه.
٥- إذا هلك أو استحق جزء من العين المعينة بالذات، بطلت الوصية في الهالك والمستحق، وتعلق حق الموصى له بباقيها.

---

[1] في المغني (١٥٥/٦): "الأعتبار في قيمة الموصى به وخروجها من الثلث أو عدم خروجها بحالة الموت، لأنها حال لزوم الوصية فتعتبر قيمة المال فيها، وهو قول الشافعي وأصحاب الرأي ولا أعلم فيه خلافا. فينظر: فإن كان الموصى به وقت الموت ثلث التركة أو دونه نُفذت الوصية واستحقه الموصى له كله، فإن زادت قيمته حتى صار معادلا لسائر المال أو أكثر منه أو هلك المال كله سواه، فهو للموصى له ولا شيء للورثة فيه. فإن كان حين الموت زائدا عن الثلث فللموصى له قدر ثلث المال حين الموت".

[2] في التاج المذهب (٣٧٢/٤): "إذا أوصى بالمعين لعينه لا يجوز العدول عنها، بل يجب اخراجها بعينها امتثالا لتعيين الموصي، إلا أن يرضى الموصى له المعين جاز العدول برضاه، فإن كان غير معين كالفقراء فبرضاء الإمام أو الحاكم (القاضي) المصلحة، ما لم يخالف بذلك غرض الموصي".

[3] في المرجع السابق (٣٧٥/٤): "وجوب تسليم المعين الموصى بها الى الموصى له على الوصي أو الوارث على الفور، لأن الواجبات على الفور، فلذا لزم الضمان".

[4] في المغني (١٥٤/٦): "وإن تلف المال كله سواه فهو للموصى له، لأن حق الورثة لم يتعلق به لتعيينه للموصى له ولذلك يملك أخذه بغير رضاهم وإذنهم".

٦- إذا كانت الوصية بقدر محدد من النقود أو بعين معينة بالذات، وكان في التركة دين أو مال غائب، فإن لم يزد الموصى به عن ثلث الحاضر من التركة استحقه الموصى له، وإلا استوفى منه بقدر ثلث الحاضر، وكلما قدم الغائب أو استوفي دين، يكون للموصى له ثلثه حتى يستكمل حقه.[1]

٧- إذا خرجت العين الموصى بها عن ملك الموصي للمنفعة العامة كاستملاكها من قبل الدولة، يُعتبر هذا الإستملاك هلاكاً معنوياً، فإن تم الإستملاك في حياة الموصي بطلت الوصية، وإن حدثت بعد وفاته نُفذت في البدل لأنه يكون مقابل تعويض.

٨- إذا كانت العين الموصى بها مرهونة، واستوفى الدائن بعد الوفاة الموصي حقه منها، فإن للموصى له حق الرجوع على باقي التركة بمقدار ما أستوفاه الدائن المرتهن من المال المرهون الموصى به.

٩- إذا هدم الموصي العقار الموصى به وأعاد بناءه مغيراً معالمه دون نوعه، كانت العين بحالتها الجديدة وصية، ما لم يُصرح الموصي بأنه قصد بذلك الرجوع.

١٠- إذا دمج الموصي العين الموصى بها مع عين أخرى بحيث لا يُمكن معه تسليم الموصى به منفرداً، اشترك الموصى له مع الورثة بقدر قيمته، ما لم يُصرح الموصي في حياته بأنه أراد بهذا الدمج الرجوع عن الوصية.

١١- إذا أوصى بعرصة ثم بنى عليها الموصي داراً، فإن ذلك لا يبطل الوصية، بل يشترك الوارث والموصى له فيها، الوارث بقيمة بنائه يوم التنفيذ قائما والموصى له

---

[1] وفي حالة كون الموصى به عينا معينة بالذات الخلاف الآتي للفقهاء:

أ- قال البعض: يعطى له من العين ما يعادل ثلث الحاضر ويكمل له الباقي من الغائب والدين، فإذا اوصى بدار قيمتها (٣٠) ألف دينار والتركة ٩٠ الفا والحاضر يعادل (٤٥) الفا، فالموصى له لا يستحق من الدار إلا ما يساوي ثلث الحاضر (١٥) ألف دينار، وهو نصف الدار ويمتلك الورثة النصف الآخر. ويكون للموصى له (١٥) ألفا يستوفيه من ثلث ما يحضر من الدين أو المال الغائب.

ب- وقال جمهور الفقهاء: يجب أن لا يتعارض تنفيذ الوصية مع رغبة الموصي وهي اعطاء كل العين (الدار) للموصى له. نهاية المحتاج ٥٧/٦. والمبسوط ١٣٥/٢٨. كشاف القناع ٥٢٢/٢.

ج- وقال بعض الفقهاء المالكية (المنتقى ١٦٤/٦): "يخير الورثة بين اجازة الوصية في بقية العين وبين أن لا يُجيزوها فيُعطوه منها ما يُعادل ثُلث الحاضر ويُكملوا له الباقي من الدين والمال الغائب بعد الإستيفاء والقدوم، فعندئذ تكون العين مشتركة بين الموصى له وبين الورثة.

والأفقه هو رأي الجمهور لأنه يُحقق رغبة الموصي في اعطاء كل العين للموصى له ما لم يتضرر الورثة.

بقيمة عرصته. ومثل بناء الغرس.[1]

ثانيا- إذا كانت الوصية بعين معينة بالنوع أو بجزء شائع منها كالوصية بأغنامه أو بجزء شائع منها، أو بكتب مكتبته أو بقسم منها كالنصف والثلث.. لها الأحكام الآتية:

أ- فإن كان الموصى به موجودا وقت انشاء الوصية تعلقت الوصية به حينئذ ويُعتبر هذا التعلق تعيينا له بالذات، وتترتب عليه الأحكام الآتية:

١- إذا هلك هذا النوع كله أو استحق كله، فلا شيء للموصى له، كما هو الحال في العين المعينة بالذات.

٢- إذا هلك أو استحق بعضه، بطلت الوصية في القدر الهالك أو المستحق، فإذا أوصى بنصف غنمه وكان له وقت الوصية الف رأس من الغنم، ثم هلك بعضها أو استحق، فحق الموصى له يكون في النصف الباقي لا في النصف الكلي وقت انشاء الوصية، لأنه يُعتبر المستحق أو الهالك كأنه لم يكن. وتنصرف الوصية إلى الباقي.

٣- وإذا زاد هذا النوع وقت الوفاة فحق الموصى له لا يتعلق بالزائد، فإذا كانت الغنم وقت الوصية (٣٠) وأصبحت وقت الوفاة (٩٠)، فحق الموصى له يقتصر على الأول.

٤- إذا كان الموصى به عددا محدداً من نوع معين، كما إذا أوصى لآخر بـ(٢٠) رأسا من غنمه وكان له في وقت انشاءه ألف رأس، فالوصية تتعلق بالعدد الوارد في الوصية، بحيث إذا لم يبق منها إلا العدد الموصى به، يستحق الكل ما لم يزد على الثلث وقت الوفاة، لأن الموصي قصد تمليكه هذا العدد.

ب- وإذا كان الموصى به المعيّن بالنوع غير موجود وقت انشاء الوصية، فإن الوصية تتعلق بما يكون موجودا عند الموصي من ذلك النوع وقت الوفاة مما اكتسبه أو دخل في ملكه بعد الوصية.[2] ولا يُتصور في هذه الحالة موضوع هلاك أو

---

[1] لمزيد من التفصيل راجع شرح الخرشي ١٧٣/٨ وما بعدها.

[2] في التاج المذهب (٣٨٢/٤): "ومن أوصى بشيء وهو حال الوصية لا يملك شيئا، وجب اخراج ما أوصى به مما قد ملكه عند موته، لأنه إذا قال أخرجوا كذا ولا مال له، فلابد من انصراف الإشارة الى حال حصول المال، لأن الإخراج من لا شيء محال ولا يأمر به العاقل، فعلمنا أن المراد ما يملكه حال الموت وإذا مات ولا مال له فإن الوصية تبطل بالإجماع".

استحقاق الموصى به قبل الوفاة، لأنه لا يتعلق حقه إلا بما هو موجود وباق وقت وفاته.

ج- وإذا كانت الوصية بسهم شائع في نوع من التركة كثلث بستانه أو ربع غنمه أو نحو ذلك، وكان في التركة دين أو مال غائب، فعندئذ يُنظر:

١- فإن كان هذا السهم لا يزيد عن ثلث الحاضر من التركة، استحق الموصى له سهمه كاملا في الحاضر من هذا النوع.

٢- وإن كان أكثر من ثلث الحاضر من التركة، استحق الموصى له من سهمه بقدر ثلث الحاضر، ويكون الباقي من سهمه بيد الورثة. فكلما حضر شيء من المال الغائب أو أدّي شيء من الدين، استرد الموصى له من باقي سهمه الذي بيد الورثة قدر ثلث ما حضر حتى يستوفيه كله.[١]

ثالثا- الوصية بجزء شائع من جميع التركة كثلثها أو ربعها أو خمسها.. وهكذا ولهذه الحالة أحكام أهمها:

١- يجب أن لا يزيد هذا الجزء عن ثلث التركة كما ذكرنا سابقا، فالزيادة غير نافذة ما لم تُجز الورثة الوصية في الزائد،[٢] وذلك لحديث سعد بن أبي وقاص ﷺ حيث قال: جاءني رسول اللهﷺ يعودني عام حجة الوداع من وجع أشتد بي، فقلت: يا رسول الله، قد بلغ بي من الوجع ما ترى، وأنا ذو مال ولا يرثني إلا ابنة لي، أفأتصدق بثلثي مالي؟ قال رسول اللهﷺ: لا. فقلت: فالشطر[٣]؟ قال: لا. ثم قال رسول اللهﷺ: الثلث والثلث كثير، إنك إن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تذرهم عالة يتكففون الناس".[٤]

فجواز الوصية في الزائد عن الثلث تتوقف على اجازة وارث تتوفر فيه الشروط التالية:

أ- أن يكون بالغاً عاقلاً رشيداً لأنها إسقاط حق.

---

١ هذا إذا لم يتصرفوا فيه تصرفا مزيلاً للملكية أو تصرفاً أحدث فيه زيادة أو تحسيناً، إذ في هذه الحالات لا يسترده الموصى له، وإنما يكون له من قيمته ثلث ما يحضر من الدين والغائب، لأن في الإسترداد الحاق الضرر بالورثة والإسلام يأبى نلك، لقوله تعالى ﴿من بعد وصية يوصي بها أو دين غير مضار﴾، وقول الرسولﷺ: ((لا ضرر ولا ضرار)) رواه ابن ماجه.

٢ فإن أجاز البعض دون بعض نُفذت في حصة المجيز فقط.

٣ أي النصف.

٤ المنتقى شرح الموطأ ١٥٥/٦ وما بعدها.

ب- أن تكون الإجازة بعد وفاة الموصي في الرأي الراجح.

ج- أن يكون المجيز عالماً بمقدار الزائد عن الثلث وإلا للمجيز أن يتراجع عن اجازته.

٢- إن كان في التركة دين أو مال غائب استحق الموصى له سهمه في الحاضر منها وكلما حضر شيء استحق سهمه فيه.

٣- إذا هلك بعض التركة بعد وفاة الموصي، هلك على كل من الموصى له والورثة، كل بالنسبة إلى حصته من التركة.

رابعا- وإن أوصى بنصيب وارث معين (أي بصنفه) كابن أو ابنة.. فعندئذ يُنظر:

١- فإن كان هذا الوارث متوفيا يحل الموصى له محله ويأخذ ما كان يستحقه هذا الوارث لو كان حياً، على أن لا يزيد عن ثلث التركة كما في الوصية الواجبة.[١]

٢- وإن كان حياً يُزاد واحد من صنف الوارث الذي أوصى بمثل نصيبه. فلو أوصى بمثل نصيب ابنه وله ابنان، فللموصى له الثلث، وإن كان له ثلاثة أبناء فله الربع. وهكذا.. وإن أوصى بمثل نصيب بنت وله بنتان، فللموصى له نصيب بنت ثالث، فكأنه ترك ثلاث بنات.[٢]

خامسا- وإن أوصى بنصيب احد ورثته أو مثل نصيب أحد ورثته (دون تعيين الصنف) وترك ذكورا واناثاً، فله جزء من عدد رؤوسهم، فإن كانوا ثلاثة فللموصى له ثلث التركة، وإن كانوا أربعة فله ربعها وهكذا...[٣]، ولا يُنظر إلى ما يستحقه كل وارث، ثم يُقسم الباقي بينهم.

---

[١] ولو قال اوصيت لأبن بنتي بمثل نصيب بنتي ومات عن بنت وأم وأب وزوجة. يُفترض:

الورثة:	أب	أم	٢ بنت	زوجة	أصل المسألة ٢٤ المضاعف الأصغر عالت الى٢٧
الفروض:	٦/١	٦/١	٣/٢	٨/١	لكل من الأبوين ٢٧/٤، وللزوجة٢٧/٣، وللبنت
الأسهم:	٤	٤	١٦	٣	٢٧/٨، ولأبن البنت بالوصية.

[٢] في الشرح الكبير مع الدسوقي (٤٤٦/٤): "وإن قال اجعلوه وارثاً مع ابني أو قال الحقوه به أو نزلوه منزلته أو اجعلوه من عداد ولدي، فيُقدر الموصى له زائدا على الورثة وتكون التركة بينهما (في حالة انفراد الوارث) نصفين إن أجاز (الوارث) الزائد عن الثلث، وإلا فالثلث، فإن كانوا ابنين فله الثلث أجازوا أو لم يُجيزوا. ولو كانوا ثلاثة فله كابن رابع وهكذا.. ولو كانوا ثلاثة ذكور وثلاث إناث، لكان كرابع مع الذكور، ولو كانت الوصية لأنثى لكانت كرابعة من الإناث.

[٣] أخذنا بالفقه المالكي في موضوع الوصية بنصيب الوارث أو مثل نصيب الوارث أو بجزء منه أو سهم أو نصيب أو مثل نصيب أحد الورثة دون تعيين، لأنه افقه وأقرب الى العدل والواقع.

سادساً: وإن أوصى له بجزء من ماله أو سهم منه، فله سهم من اصل المسألة بعد العول إن كانت عائلة، فإن كان أصلها من (٦)، فللموصى له السدس إن كان له وارث، وإن كان من (٢٤) فله ١/٢٤، وإن عالت إلى (٢٧) فله ١/٢٧.[1] هذا إذا كان له وارث، وإن لم يكن له وارث حين الموت فإن ارجح الآراء هو أن الموصى له يستحق سدس التركة، لأنه أقل عدد في الميراث بالقرابة.

وإذا تعهد لشخص بأن يكون وارثاً له ولا توجد بينهما علاقة الزوجية ولا القرابة، يبطل التعهد ويتحول إلى الوصية بناءً على نظرية تحول العقد التي أقرها فقهاء المسلمين قبل القانون ويخرج منه الفرائض المقدرة[2] لأهل النسب.

---

[1] في الخرشي (١٨٧/٨): "إذا أوصى بجزء أو بسهم من فريضته، لا مما تصح منه، ان انكسرت الأسهم على بعض الورثة، فإن كان أصل فريضته من تسعة فبسهم منها. وإن كانت من اربعة وعشرين فبسهم منها. فإذا كان اصلها أربعة وعشرين وعالت لسبعة وعشرين، فله سهم من سبعة وعشرين، لأن العول من جملة التأصيل.

[2] في الشرح الصغير (٤٣٧/٢): "وإن لم يكن له فريضة بأن لم يكن له وارث أصلاً فله سهم من ستة اسهم وهو قول ابن القاسم. أو من ثمانية وهو قول اشهب، لأن الثمانية مقام أقل السهام التي فرضها الله.

المبحث الثاني

أحكام الوصية بالمنافع

المنافع عند بعض الفقهـاء[1] مـا يقابـل الأعيـان كسـكنى الـدار واسـتعمال السـيارة واستثمار الأراضي الزراعية، وبدل الإيجار وأمثال ذلك.

وتشمل حقوق الإرتفاق ايضا، ولكن لا تشمل الأعيان المتولدة من أعيان أخـرى، كثمـرة ونتاج الحيوان، إلا أنهم اعتبروا الوصية بالثمرة بمثابة الوصية بمنافع في الأحكام، إذا لم يمكن حملها على ثمرة معينة.

وعند جمهور فقهاء المسلمين المنافع تعم وتشمل ما ينتج من العـين، سـواء كـان عرضـاً كسكنى الدار أم كان عيناً متولدة من عين أخرى، كثمار الأشجار ومحصـول الأرض، فكلـها تأخذ حكماً واحداً وتصح الوصية بها.

وعارض جواز الوصية بالمنافع بعض الفقهاء[2] واستدلوا ببعض الأدلة منها:

أ- المنافع لا تُنفذ الوصية بها حين الوفاة، فلا تجوز الوصية بما لا ينفذ لمن أوصى بهـا أو فيما أوصى به ساعة موت الموصي.[3]

ويُرد بأن الوصية تنفذ منذ لحظة الوفاة، ووجود المنفعـة إذا تـوفرت شـروطها، وهـي على الرغم من تجددها بتجديد الأزمان على حد ظنهم، إلا أنها تصلح محـلا للعقـود كعقد الإجارة والإعارة بإتفاق الآراء.

ب- الوصية وصية بالمال الوارث، لأن نفاذ الوصية يكون عند مـوت الموصـي وعندئـذ الرقبة ملك الورثة وملك المنافع تابع لملك الرقبة.

ويُرد هذا الدليل بأن ملك المنافع غير تـابع لملـك الرقبـة عنـد افرادهـا بالتمليـك،

---

[1] كفقهاء الحنفية، الزيعلي في تبين الحقائق. ٢٠٢/٦، ابن عابدين ٦٠٦/٥.

[2] كفقهاء الظاهرية، المحلى ٣٢٢/٩ وكإبن أبي ليلى، بدائع الصنائع ٤٨٨٧/١٠.

[3] المحلى ٣٢٢/٩، وفي المغني (٥٩/٦): "وإن أوصى بثمرة شجرة أو بستان أو غلة دار، صح سواء أوصى بذلك في مدة معلومة أو بجميع الثمرة والمنفعة في الزمان كله. هذا قول الجمهور، منهم مالك والثوري والشافعي واسحاق وابو ثور وأصحاب الرأي. وقال ابن أبي ليلى: لا تصح الوصية بالمنفعة لأنها معدومة. ولنا أنه يصح تمليكها بعقد المعاوضة، فصح بها كالأعيان."

فالموصي حين افراد ملك المنفعة بالوصية فقد جعله مقصودا بنفسه، فلا يبقى تبعاً لملك الرقبة.

ج- الوصية بالمنافع في معنى الإعارة، لأن الإعارة تمليك المنفعة بغير عوض، والعارية تبطل بموت المعير، فالموت له أثر في بطلان العقد على المنفعة بعد صحته، فلأن يمنع من الصحة أولى لأن المنع (الدفع) أسهل من الرفع.

ويُرد هذا أيضا بأنه إذا كان له تمليك المنفعة حال حياته بعقد الإجارة والإعارة، فلأن يملك بعقد الوصية أولى لأنه أوسع العقود، فهي تحتمل ما لم تحتمله سائر العقود من عدم المحل والجهالة..[1]

والمشرع العراقي أخذ برأي جمهور الفقهاء في مفهوم المنافع وفي صلاحيتها محلاً للتعاقد، سواء أكان وصية أم إجارة أم إعارة أم غيرها، وقد عالجت المواد (٧٢٢-٨٦٣ المدني النافذ) أحكام العقود الواردة على المنافع. وخصص مشروع القانون المدني الجديد تسعاً وثلاثين مادة لبيان أحكام العقود الواردة على الإنتفاع،[2] وكذلك مشروع القانون العربي الموحد للأحوال الشخصية.

وللوصية بالمنافع أحكام منها تتفق مع أحكام الوصية بالأعيان ومنها تختلف عنها وأهمها هي الآتية:

أولا: الوصية بالمنافع لمدة محدودة:

١- إذا كانت المدة محددة المبدأ والمنتهى كالوصية بسكنى داره مدة ثلاث سنوات تبدأ من شباط ١٩٩٩ مثلا، فعندئذ:

أ- إذا انقضت المدة قبل وفاة الموصى بطلت الوصية واعتبرت كأن لم تكن.

ب- وإذا انقضى بعضها ثم مات الموصي استحق الموصى له المنفعة من باقيها.

ج- وإذا مات الموصي قبل بداية المدة استحق الموصى له المنفعة في المدة كلها إذا قبل الوصية بعد الوفاة.[3]

---

[1] ولمزيد من التفصيل راجع بدائع الصنائع ٤٨٨٧/١٠ وما بعدها، المبسوط ١٨١/٢٧، كشاف القناع ٥١٩/٢ وما بعدها.

[2] المواد ٧٣٠- ٨١٠.

[3] في المادة (٢٢٩) التي نصت على أنه "يجوز أن يكون الموصى به منفعة أو انتفاعا بعقار أو منقول لمدة معينة أو غير معينة".

د- وفي الحالتين (ب، ج) المذكورتين تنتهي الوصية بوفاة الموصى له إذا كان معيناً.
هـ- إذا لم يكن الموصى له موجودا عند بداية مدة الإنتفاع، فإن وجد بعد نهاية المدة بطلت الوصية. وإن وجد مضي المدة، استحق ما بقي منها من وقت وجوده.

٢- إذا كانت الوصية لمدة معينة القدر، لكنها غير معلومة المبدأ، كالوصية بمنفعة بستانه لمدة خمس سنوات دون أن يُحدد الموصي بدايتها، فعندئذ تبدأ المدة اعتبارا من تأريخ وفاة الموصي، لأن هذا وقت استحقاق الوصية ما لم ينص الموصي على خلاف ذلك، وما لم يكن هناك مانع من انتفاع الموصى له بالموصى به بعد الوفاة مباشرة.

ومن الجدير بالذكر أن الموصى له بسكنى الدار ليس له أن يؤجرها،[1] لأن شخصية الموصى له معتبرة لدى الموصي، ولذا تنتهي الوصية بالمنفعة مطلقا بوفاة الموصى له، ما لم يكن هناك نص من الموصي على خلاف ذلك، أما الموصى له بغلة الدار فهل له أن يسكنها؟ ففيه الخلاف، ويبدو أن الراجح هو عدم الجواز.

٣- في حالة وجود مانع من الإنتفاع:
أ- فإن كان المنع من أحد الورثة ضمن له بدل المنفعة ما لم يرض الورثة كلهم أن يُعوضوه بالإنتفاع مدة أخرى.
ب- إذا كان المنع من جميع الورثة، فللموصى له الخيار بين الإنتفاع بالعين مدة أخرى وبين تضمينهم بدل المنفعة.
ج- إذا كان المنع من جهة الموصي،[2] أو لقوة قاهرة حالت بين الموصى له وبين

وجاء في المذكرة التوضيحية لهذا المشروع ص١٧٥ ما نصه: "والمراد بالمنفعة أو الإنتفاع ما يشمل الثمرات والغلات والتأجير والإقراض والسكن وحقوق الإرتفاق".

[1] إذا أوصى بمنفعة داره لمدة سنة فإذا كانت الدار لا تزيد على الثلث أو زادت وأجازت الورثة تسلم الدار الى الموصى له يسكنها المدة المحددة، ثم تُرد الى الورثة. وإن لم تُجز الورثة الزيادة فعندئذ يسكنها الموصى له يوما والورثة يومين الى ثلاث سنين، ثم تُرد إلى الورثة. يُنظر: الميراث والوصية في الإسلام، للأستاذ محمد زكريا البرديسي ص١٢٣.

[2] أي بسبب فعل أو تصرف لا يدل عرف ولا قرينة على أنه رجوع عن الوصية، كما لو أوصى بسكنى داره لمدة خمس سنوات لزيد من الناس، ثم قام بإجراء تعديلات وترميمات في الدار بحيث لا يُمكن سكناها إلا بعد اتمامها ومات قبل أن يُتم ما بدأه، فهذا التصرف لا يدل على أنه رجوع، وكذلك الحكم إذا أوصى بسكنى الدار لشخص مدة ثلاث سنوات ثم أجرها لمدة أربع سنوات، فمات قبل انتهاء مدة الإجارة.

الإنتفاع،[١] وجبت له مدة أخرى اعتبارا من زوال المانع.

د- إذا كان المنع من أجنبي، فإن المعتدي يَضمن له بدل المنفعة وفق القواعد العامة في التعويض.

هـ- إذا كان المانع من الموصى له كإهماله وتقصيره في عدم الإنتفاع بالموصى به خلال المدة المحددة له، يسقط حقه إذا مضت المدة دون الإنتفاع.

ثانيا- الوصية بالمنافع غير محددة المدة لشخص معيّن أو اشخاص معيّنين:

١- إذا كانت صيغة المدة جمعاً بأن قال أوصيت له بسكنى داري-مثلا- شهوراً، أو سنوات، فتُحدد المدة بأدنى ما يُطلق عليه لفظ الجمع في اللغة العربية وهو الثلاثة، فيُفسر لفظ (شهور) بثلاثة أشهر، ولفظ (سنوات) بثلاث سنين.

٢- إذا قال أوصيت بسكنى داري لفلان مدى حياته، استحق الموصى له الموصى به بعد وفاة الموصي مدى حياته. ولكن إذا مات لا تنتقل إلى ورثته بل تنتهي وتعود المنفعة إلى ورثة الموصي.

٣- إذا قال أوصيت له بسكنى داري كذا بدأ أو أطلق الوصية:

أ- قال جمهور الفقهاء. تنتقل الوصية إلى الورثة الموصى له قياساً على الوصية بالأعيان، ولعدم تقييدها بمدة حياة الموصى له.[٢]

ب- وقال بعض الفقهاء-ومنهم الحنفية-: لا تنتقل المنفعة إلى ورثة الموصى له وإنما تنتهي بوفاة الموصى له وتعود إلى ورثة الموصي، لأن المنافع ليست بمال حتى تقبل الإنتقال بالإرث.

الإتجاه السائد في القوانين الوضعية هو الأخذ بهذا الرأي ومنها مشروع القانون المدني الجديد العراقي[٣] على اساس أن تعيين الموصى له بالشخص بالإنتفاع يُفسر بعدم قصد صرف الوصية إلى غيره بعد وفاته ولو كان هذا الغير وارثا للموصى له.

---

[١] كأن حكم عليه بالسجن خلال المدة كلها أو بعضها.

[٢] في الخرشي (١٨٨/٨): "إذا أوصى بخدمة عبد من عبيده لفلان ولم يحددها بزمن، فإنه يخدمه طوال حياته، وإن مات الموصى له فإن ورثته يرثونها بعده، لأن الموصي لما لم يُحددها وأطلق أراد خدمة حياة العبد (أي لا تنتهي الوصية إلا بوفاة العبد) وإن حددها بزمن كالمستأجر.

[٣] المادة (٢٣١) من المشروع: "حق الإنتفاع هو حق تملك منفعة مال مملوك للغير بحيث يجوز للمنتفع استعمال ذلك المال واستغلاله".

والمادة (٢٣٢) منه: "يكسب حق الإنتفاع بالعقد أو بالوصية مع مراعاة القواعد الخاصة بالتسجيل".

ثالثا: الوصية بالمنافع غير محددة المدة لأشخاص غير محصورين أو معنويين:

أ- إذا كان لجماعة غير محصورين يُظن انقطاعهم، استحقوا الموصى به إلى انقراضهم كأن يوصي لأولاد أخيه وأولاد أولادهم، فإذا ماتوا جميعاً انتهت الوصية وآلت المنفعة إلى ورثة الموصي.[1]

ب- وإذا كانوا غير محصورين بحيث لا يُظن انقطاعهم كالوصية للفقراء والمساكين، فتأخذ الوصية في هذه الحالة حكم الوقف الخيري المؤبد وإن لم تخرج عن طبيعتها باعتبارها وصية لا تُنفذ فيما زاد عن ثلث المال إلا بإجازة الورثة. وبناء على ذلك تنتقل الوصية من الجيل المنقرض إلى الجيل الجديد.

ج- وإذا كانت لجهة دائمة من جهات البر كالمساجد والمدارس والمستشفيات وغيرها من المؤسسات الخيرية ذات النفع العام، فإن الوصية في هذه الحالة تأخذ حكم الوقف الخيري ايضاً وتستمر ما لم تُحدد الجهة كمسجد معين أو مدرسة معينة، لأنه في هذه الحالة تنتهي الوصية بانهدام المسجد وتركه، وبانهدام المدرسة أو تخصيصها لمرفق آخر غير التعليم وتؤول المنفعة إلى ورثة الموصي. وأخذ بهذا التفصيل مشروع القانون العربي الموحد للأحوال الشخصية.[2]

رابعا- الوصية بالغلة والثمرة:

١- قال جمهور فقهاء المسلمين:[3] لا فرق في المعنى والدلالة بين الغلة والثمرة، إذ هما جميعا من جملة منافع العين وتسري عليهما أحكام المنفعة التي سبق بيانها. ولهذا فإن الوصية المطلقة بهما تنصرف إلى الموجود عند وفاة الموصي وما يحدث منهما في المستقبل، وقد أخذ القانون المصري بهذا صراحة فقرر أنه عند الإطلاق تُعتبر الوصية بهما تشمل ما يستجد في المستقبل ما لم تدل قرينة على خلاف ذلك.[4]

---

[1] ففي بعض القوانين لا تصح الوصية بالمنافع إلا لطبقة واحدة بانقراضها تعود العين لورثة الموصي كالقانون التونسي الفصل (١٨٢).

[2] ينظر المجلة العربية للفقه والقضاء، العدد الثاني السنة الثانية، ص١٧٥ المواد (٢٢٩- ٢٣١).

[3] ومنهم: المالكية والشافعية والحنابلة... وغيرهم.

[4] المادة (٥٥) من قانون الوصية المصري: "إذا كانت الوصية بالغلة أو الثمرة فللموصى له الغلة أو الثمرة القائمة وقت موت الموصي وما يستجد منها مستقبلا ما لم تدل قرينة على خلاف ذلك".
والقانون السوري الأحوال الشخصية اقتصر على ذكر الثمرة في المادة (١٤٩) فنص على أنه: "إذا كانت الوصية بالثمرة، فللموصى له الثمرة القائمة وقت موت الموصي وما يحدث منها ما لم تدل قرينة على خلاف ذلك".

ويؤخذ من المذكرة التوضيحية لمشروع القانون العربي الموحد للأحوال الشخصية،[1] ان هذا هو اختيار المشروع، وبناء على ذلك إذا كانت العين الموصى بمنفعتها تحتمل الإنتفاع أو الإستغلال[2] على وجه غير الذي أوصى به،[3] جاز للموصى له أن ينتفع بها أو يستغلها على الوجه الذي يراه بشرط عدم الإضرار بالعين، وذلك لأن الإستغلال نوع من الإنتفاع. هذا إذا لم تنص حجة الوصية على خلاف ذلك، وهذا هو ما أقره مشروع القانون المدني العراقي الجديد[4] ومشروع القانون العربي الموحد للأحوال الشخصية[5] كما سبق أن أختاره القانون المصري[6] والسوري[7].

٢- وفرّق بعض الفقهاء بين الوصية بالغلة والوصية بالثمرة في بعض الأحكام، منها أن الوصية بثمرة لا تشمل ما يجد في المستقبل إلا بالتنصيص على ذلك، كأن يقول أوصيت بثمرة بستاني لفلان أبدا. أما الوصية بغلة البستان فتشمل الغلة القائمة والغلة المستقبلة.

وأساس هذا الفرق هو العرف لأن الثمرة اسم للموجود عرفاً، فلا تشمل المعدوم إلا بالتنصيص، أما الغلة فتشمل الموجود وما سيستجد، وبناء على ذلك يخضع الحكم

---

١ المجلة العربية، المرجع السابق.

٢ كالوصية بالإنتفاع بالدار.

٣ بأن يوصي بغلة داره ويسكنها الموصى له بدلاً من الإستغلال أو يوصي بسكناها فيستغلها الموصى له ويؤجرها للغير.

٤ المادة (٢٣٢): "يكسب حق الإنتفاع بالعقد والوصية".
والمادة (٢٣٣): "للمنتفع أن يتصرف في حقه معاوضة أو تبرعاً، ما لم يكن في السند الذي انشأ هذا الحق ما يخالف ذلك".

٥ المادة (٢٣١): "للموصى له بمنفعة مال معين أن يستعمله أو يستغله ولو على خلاف الحالة المبينة في الوصية بشرط عدم الإضرار بالعين".
وفي المذكرة التوضيحية (ص١٧٦): "وأما المادة (٢٣١) فقد جاءت لبيان أن الموصى له بمنفعة مال معين من حقه أن يستغل تلك العين شخصيا وله تأجيرها بشرط عدم الإضرار بالعين. ويُضاف شرط آخر هو عدم الإضرار بالورثة أيضا، إذ أن الضرر مرفوع بالنص ((لا ضرر ولا ضرار)).
وأرى أن الشرط الأول يُغني عن الشرط الثاني وكان المفروض أن يكون الشرط الثاني عدم وجود نص من الموصي على خلاف ذلك كما قلنا.

٦ المادة (٥٤) قانون الوصية.

٧ المادة (٢٤٨) الأحوال الشخصية.

للعرف السائد.[1]

خامسا- كيفية استيفاء المنفعة الموصى بها:

١- تستوفى المنفعة بقسمة الغلة أو الثمرة بين الموصى له وورثة الموصي بنسبة ما يخص كل فريق، فإذا كانت العين دارا وقعت الوصية بمنفعة نصفها، فالموصى لـه يسـكن نصفها مدة والورثة يسكن النصف الآخر ويستغلونها هذه المدة، ثم يتبـادلون مـا في أيديهما لتتحقق لهم المساواة في الإنتفاع من جميع الوجوه.

٢- إذا كانت العين أرضا زراعية تستوي مساحتها في الجودة والثمن والصلاحية للزراعة تُقسم بين الموصى له وبين الورثة بحسب ما يخص كل فريق، بحيث يسـتقل الموصـى لـه بالإنتفاع بحصته حتى نهاية مدة الوصية.

٣- إذا كانت العين لا تحتمل القسمة كالسيارة والدابة، لا يحق للموصـى لـه أن يُطالـب بالقسمة. وكذا إذا كانت تحتمل القسمة لكن في قسمتها إضرار بالورثة، كما لو كانت العين داراً يمكن قسمتها بعزل كل نصيب عن الآخر، بحيث يلزم بناء حائط بـين حصـة الموصى له وحصة الورثة، وفي هذا إضرار بالورثة من حيث تحمل نفقة بناء حائط عند القسمة، ونفقات هدمه عند نهاية مـدة الإنتفـاع، فلـيس للموصـى لـه أن يتمسـك بالقسمة عند آبائهم لها، بل تستوفى المنفعة بالمهايأة زمانا ومكاناً.

وللقاضي عند الإختلاف في الطرائـق الـواردة في الفقـرات الـثلاث المـذكورة تعـيين إحداها.

٤- إذا كانت الوصية لشخص بالمنفعة ولآخر بالرقبة، فإن ما يُفـرض علـى العـين مـن الضرائب وما يلزم لإستيفاء منفعها يكون على الموصى له بالمنفعة.

سادسا- تقدير المنفعة الموصى بها:

اختلف فقهاء الشريعة في تقدير المنفعة الموصى بها تبعـا لإخـتلافهم في ماليـة المنـافع واختلاف قيمة المنفعة الموصى بها بالتأبيد والتوقيت.

١- ذهب الحنفية إلى أن تقدير المنفعة يكون بتقدير العين الموصى بمنفعتها، فـإن لم تـزد هذه العين عن ثلث التركة، نُفذت الوصية من غير توقف على إجازة الورثة، وإن زادت توقف نفاذ الزائد على إجازتهم، سواء كانت المنفعة مؤبـدة أم مؤقتـة، لأن الوصـية

---

[1] لمزيد من التفصيل راجع بدائع الصنائع للكاساني ٤٨٩١/١٠.

بالمنفعة في نظرهم تعني حبس العين عن الورثة طيلة مدة الإنتفاع، وبالتالي عدم فائدتها بالنسبة إليهم خلال هذه المدة.[١]

٢- يتفق الحنابلة والشافعية مع الحنفية فيما إذا كانت المنفعة الموصى بها مؤبدة أو مطلقة، أما إذا كانت مقدرة بمدة معلومة يكون التقدير للمنفعة فقط، فتقوم العين بمنفعتها في تلك المدة ثم تقوم وحدها دون المنفعة، فيكون الفرق قيمة المنفعة ومقدار الوصية.[٢] لكن تختلف الشافعية مع الحنابلة فيما إذا كان الموصى به بعض منافع العين وعندئذ يكون الفرق بين هذا البعض وبين العين قيمة المنفعة الموصى بها سواء كانت الوصية مؤبدة أم مطلقة أم محددة بمدة معلومة أم مجهولة.

وأخذ مشروع القانون العربي الموحد للأحوال الشخصية باتجاه الحنفية في المادة (٢٣٠) التي نصها:

"أ- إذا كان قيمة المال المعين الموصى بمنفعته أو الإنتفاع به أقل من ثلث التركة، سُلمت العين للموصى له لينتفع بها حسب الوصية.

ب- إذا كانت قيمة المال المعين الموصى بمنفعته أو الإنتفاع به أكثر من ثلث التركة، خُيّر الورثة بين إجازة الوصية وبين اعطاء الموصى له ما يعادل ثلث التركة."

سابعا- تسقط الوصية بالمنفعة في الحالات الآتية:

١) بتملك الموصى له العين التي أوصى له بمنفعتها.

٢) بتنازله عن حقه فيها لورثة الموصي سواء أكان بعوض أو بغير عوض.

٣) بوفاة الموصى له قبل استيفاء المنفعة كلها أو بعضها.

---

[١] بدائع الصنائع ٤٨٨٨/١٠ وما بعدها.

[٢] وفي هذه الحالة إما أن تقسم غلة العين الموصى بمنفعتها بين الورثة والموصى له بنسبة ما يخص كلا منهم، وإما أن تُقسم العين الموصى بمنفعتها بينهم قسمة مهايأة زمانية أو مكانية، أو تُقسيم العين الموصى بمنفعتها إن كانت قابلة للقسمة بحيث لا يضر ذلك بالعين، وعند الخلاف القاضي يُحدد إحدى هذه الطرائق.

المبحث الثالث

تزاحم الوصايا

سبق أن بيّنا أن الوصية تصح بثلث المال وبما يزيد عليه، إلا أنها لا تُنفذ في الزائد إلا بإجازة الورثة، فإن لم يكن هناك وارث خاص أو كانوا وأجازوا الوصية كلها، نُفذت في جميع الأموال. وبناء على ذلك لا تتزاحم الوصايا إلا إذا كثرت ولم يف المال بتنفيذ جميعها سواء كان المال الذي خُصص لتنفيذها هو الثلث أم الأكثر منه بعد إجازة الورثة.

وفي حالة قيام التزاحم، تُراعى القواعد والأحكام الآتية:

١- إذا كانت من بين الوصايا وصية واجبة بمقتضى قانون الأحوال الشخصية المعدل الفقرة الثانية من المادة (٧٤) التي تنص على أنه "تُقدم الوصية الواجبة بموجب الفقرة (١) من هذه المادة على غيرها من الوصايا الأخرى في الإستيفاء من ثلث التركة. فإن لم يبق شيء بعد تنفيذ الوصية الواجبة، بطلت الوصايا الإختيارية. وإن بقي شيء يُصرف الباقي لبقية الوصايا".

٢- وإذا لم يكن من بينها الوصية الواجبة بموجب القانون المذكور، ولكن كان من بينها تبرعات مرض الموت التي تسري عليها أحكام الوصية، فتُقدم تلك التبرعات على الوصايا الإختيارية المضافة إلى ما بعد الموت، لأنها وإن كانت تسري عليها أحكام الوصية، إلا أنها تختلف عنها في بعض الأحكام كما ذكرنا في المقدمة. ومن تلك الأحكام ان هذه التبرعات تصرفات اكتسبت صفة اللزوم فور صدورها وقبولها من المتبرع له، بخلاف الوصية التي هي عبارة عن التصرف المضاف إلى ما بعد الموت، فإنه تصرف غير لازم فلا يصبح لازما إلا بعد الوفاة.

وبناء على ذلك إذا حصل التزاحم بين هذه التبرعات وبين الوصايا الأخرى، تُقدم التبرعات، فإن لم يبق شيء بطلت الوصايا وإلا صُرف الباقي في تنفيذها قدر الإمكان.

٣- وإن كان من بين الوصايا حق واجب لله، فأوصى الموصي بتنفيذه بعد وفاته كزكاة وجبت في ماله ولم يصرفها لمستحقيها، يُقدم هذا الواجب على بقية الوصايا الإختيارية.

٤- وإذا كانت الوصايا جميعها في القربات وهي في مرتبة واحدة، كأن تكون كلها واجبات، أو كلها مستحبات، فإنه يبدأ في التنفيذ بما بدأ به الموصي، لأن البدء به دليل على أنه أهم من غيره، فإن لم يرتبها ولم تكن متساوية في الدرجة، قُدم الأقوى فالأقوى.

٥- وإن كانت الوصايا كلها مضافة إلى ما بعد الموت ولم يكن فيها واجبة لله أو للعباد، بل كلها اختيارية وزادت عن ثلث التركة. فلم يُجز الورثة الزيادة أو أجازها، ولكن مع ذلك لم تف بالوصايا كلها، قُسم الموصى به على حسب الأحول بين الوصايا بالمحاصة أي بحسب الحصص على طريقة التقسيم التناسبي وذلك حتى يشمل النقص الكل بنسب متساوية لنسب حصصهم.

التطبيقات:

١- أوصى للموصى له (أ) بثلث ماله، وللموصى له (ب) بربعه، ولم تجز الورثة الزيادة، وكانت قيمة الثلث (٢١) ألف دينار.

يوزع المبلغ عليهما كالآتي:

الأسهم المستحقة= (١/٣+ ١/٤)= (٤+٣/١٢)= (٧/١٢).

نصيب (أ)= ٧/(٢١×٤)= ١٢ الف دينار.

نصيب (ب)= ٧/(٢١×٣)= (٩) الف دينار.

٢- أوصى للموصى له (أ) بثلث تركته، وللموصى له (ب) بربعها، وللموصى له (ج) بسدسها، وكان المبلغ المسموح به لتنفيذ الوصية (٢٧) ألف دينار.

الأسهم المستحقة= (١/٣+ ١/٤+ ١/٦)= (٤+٣+٢)/١٢= (٩/١٢)

حصة (أ)= ٩/(٢٧×٤)= (١٢) ألف دينار.

حصة (ب)= ٩/(٢٧×٣)= (٩) الاف دينار.

حصة (ج)= ٩/(٢٧×٢)= (٦) الاف دينار.

المبحث الرابع

الوصية الواجبة

الوصية الواجبة في اصطلاح جمهور فقهاء الشريعة هي: وصية الشخص بتوفية ما عليه من حق الله أو الآدمي من تركته بعد وفاته، عندما لا يقوم دليل على ثبوت هذا الحق بذمته.[١]

وفي اصطلاح بعض الفقهاء هي: الوصية للوالدين والأقربين الذين لا يرثون لمانع أو لحاجب.[٢]

وفي اصطلاح القانون هي: افتراض وصية الجد أو الجدة للأحفاد بقدر حصة والدهم أو والدتهم إذا مات الوالد أو الوالدة قبل وفاة الجد أو الجدة أو معا على أن لا تزيد هذه الحصة عن ثلث التركة.

والوصية بهذا المعنى الأخير يفترض القانون وجودها ويلزم القاضي بالحكم بها وتنفيذها، سواء أوصى المتوفى أو لم يوص، والوصية بهذا المعنى هو المعني بدراستنا.

سبق في مقدمة الكتاب أن بيّنا: أن جمهور فقهاء الشريعة قالوا: لا تجب الوصية لأحد قريبا كان أم بعيدا، ما لم يكن له حق على الموصي لم تقم عليه بينة، أو له أمانة عنده ولم يشهد عليها شاهد، فيجب عندئذ أن يوصي باداء ذلك إليه حذرا من ضياع الحق بعد وفاته.

وبيّنا كذلك إنهم قالوا ان الوصية الواجبة بموجب قوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِن تَرَكَ خَيْراً الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالأقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقّاً عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾[٣] قد نسخ أو خُصص بالنسبة للوالدين والأقربين، سواء كانوا وارثين أم غير وارثين، بمقتضى آيات أحكام الميراث، ولكن حلّ محل هذا الوجوب الإستحباب بالنسبة إليهم إذا لم يكونوا وارثين.

---

١ في التاج المذهب (٤/٣٦٠): "وتجب الوصية والإشهاد على من له مال وعليه حق لآدمي ونحوه، أو لله تعالى، كالكفارات ونحوها، لأجل تخليصه من ذلك".

٢ في المحلى (٩/٣١٢): "الوصية فرض على كل من ترك مالا وفرض على كل مسلم يوصي لقرابته الذين لا يرثون، فإن لم يفعل أعطوا ولابد".

٣ البقرة: ١٨٠

ولكن قال عدد غير قليل من أصحاب الرأي والإجتهاد والمذاهب أن: الوجوب الثابت بالآية المذكورة لا يزال باقيا على أصله بالنسبة للوالدين والأقربين الذين لا يرثون، فلم يُنسخ ولم يُخصص، لأن موجب الوجوب هو حلول الوصية محل الوارث في حالة عدم الميراث لمانع أو حاجب والموجب قائم والحكم يدور مع علته وجودا وعدماً.

وروي هذا القول عن كثير من التابعين منهم سعيد بن المسيب، ومسروق، وطاووس، وقتادة، واياس، والحسن البصري. وعن بعض ائمة التفسير والحديث، وتبناه بعض أئمة الفقه، منهم اسحاق بن راهويه، وداود الظاهري، وابن جرير الطبري، والإمام أحمد بن حنبل في رواية عنه، وابن حزم الظاهري.[1]

لكن هؤلاء العلماء القائلون بالوصية الواجبة اختلفوا فيما يترتب على ترك هذا الواجب كالآتي:

أ- فمنهم من قال: إذا لم يوص المتوفي قبل وفاته، لا يفترض وجود الوصية، وكل ما هنالك هو اعتبار المتوفى آثماً أمام الله تاركاً لواجبه مستحقاً لعقابه، فإن شاء عذبه وإن شاء غفر له.

وبناء على هذا الإتجاه ليس للقاضي أن ينوب على المتوفي ويقضي بوجود الوصية وتنفيذها للوالدين والأقربين.

ب- وذهب الآخرون منهم على أن القاضي ينوب عن المتوفي بالحكم بالوصية وبتنفيذها في حدود ثلث التركة للوالدين والأقربين الذين لا يرثون، إما لمانع من موانع الميراث كإختلاف الدين بالنسبة للكل، أو لحاجب من الميراث من وارث اقوى من المحجوب قرابة بالنسبة للأقربين، لأنه لا يُتصور حجب الوالدين من الميراث بوارث اقوى لكونهم من المرتبة الأولى والدرجة الأولى في القرابة.

ووجه قولهم أن هذا الواجب تقرر وجوبه بالقرآن الكريم، فتركه من المتوفي ظلم بحق الوالدين والأقربين الذين لا يرثون، ورفع الظلم من واجب القضاء. ويكون بافتراض الوصية وإن لم تصدر من المتوفي حقيقة وواقعاً، وهذا ما استقر عليه مذهب ابن حزم الظاهري (رحمه الله).

والواقع إن رأي هذا الفقيه العظيم هو الأفقه والأقرب إلى روح الشريعة الإسلامية، ويدل عليه ظاهر قوله تعالى ﴿وَأُوْلُواْ الأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَى بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللّهِ إِنَّ اللّهَ بِكُلِّ

---

[1] الموجز في شرح قانون الوصية للأستاذ محمد الحسيني حنفي ص٢٧٢.

شَيْءٍ عَلِيمٌ﴾[1] وقوله تعالى ﴿فَمَنْ خَافَ مِن مُّوصٍ جَنَفاً أَوْ إِثْماً فَأَصْلَحَ بَيْنَهُمْ فَلاَ إِثْمَ عَلَيْهِ﴾[2] إذ يدل بظاهره على ضرورة تعديل الوصية من قبل القاضي إن كان فيها ترك لحق أو ظلم أو ميل للهوى.

ثم أن الوجوب تقرر لحساب الوالدين والأقربين بقوله تعالى ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِن تَرَكَ خَيْراً الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالأقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقّاً عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾[3] فاصبحت الوصية لهم حقا ثابتا بالإرادة الإلهية، شأنها شأن الميراث الذي لا دخل لإرادة الوارث والمورث فيه.

وقد كانت الوصية قبل الميراث تحل محله وتبقى تحتل نفس المحل عندما لا يكون ميراث لمانع أو حاجب، فالوالدان والأقربون إن كانوا من الوارثين لا مكان للوصية وإلا فهناك شاغر تسده الوصية.

وقد كان القضاء العراقي قبل تعديل رقم (٧٢) لسنة ١٩٧٩ لقانون الأحوال الشخصية النافذ يأخذ براي جمهور فقهاء الشريعة وبصورة خاصة مذهب أبي حنيفة (رحمه الله) في الفقه السني ومذهب الإمام جعفر الصادق (رحمه الله) في الفقه الجعفري، فيقضي القضاء بحرمان الأحفاد الذين يموت أباءهم في حياة أبيهم أو أمهم أو يموتون معهم في حادثة واحدة، كما في حوادث تحطم الطائرات واصطدام السيارات وغرق السفن وحادث الحريق والفيضان وغير ذلك... مع أن آباء هؤلاء الأحفاد قد يكونون ممن ساهموا في تكوين تركة الميّت (جد الأحفاد أو جدتهم)، كما قد يكونون ممن كان الميّت قائماً باعالتهم والإنفاق عليهم.

وبالإضافة إلى ذلك كله فإن التعديل الثاني[4] لقانون الأحوال الشخصية النافذ قد اعتبر بنت المتوفى بمثابة ابنه في الميراث وفي قوة الحجب في حالة عدم وجود الإبن ضمن الورثة. وقد أدّى ذلك إلى حرمان الأحفاد ذكورا كانوا أم اناثا من ميراث جدهم أو جدتهم عندما يكون للميت بنت أو بنات، في حين ان هؤلاء الأحفاد يرثون الباقي من نصيب البنت قبل هذا التعديل باتفاق آراء جميع فقهاء الشريعة، باستثناء فقهاء الإمامية. ولهذه الأسباب وغيرها بادر المشرع العراقي إلى التعديل الثالث الذي أتي باقرار الوصية الواجبة لأول مرة في التشريعات العراقية. وقد سبقه في ذلك بعض التشريعات في البلاد العربية،

---

[1] الأنفال : ٧٥
[2] البقرة : ١٨٢
[3] البقرة: ١٨٠
[4] رقم (٢١) سنة ١٩٧٨.

منها: قانون الوصية المصري،[١] وقانون الأحوال الشخصية السوري،[٢] والقانون التونسي (مجلة الأحوال الشخصية) [٣] وأخيرا أخذ به مشروع القانون العربي الموحد للأحوال الشخصية.[٤]

من المفروض أن القانون اللاحق يكون أكثر شمولا ونُضجا ودقة من القوانين السابقة عليه، لأنه إذا كان فيها نقص يتداركه القانون الذي يليها في الزمن. فكان من اللازم أن يكون تنظيم المشرع العراقي للوصية الواجبة أحسن وأشمل وأكمل من التشريعات السابقة عليه، ولكن نرى أن الواقع هو خلاف ذلك، فقد أهمل بعض الشروط الضرورية الواردة في قوانين البلاد العربية بالإضافة إلى أنه لم يُكمل ما هو موجود فيها من القصور.

لذا نأمل من المشرع العراقي أن يعيد النظر في التعديل لتعديله في ضوء الملاحظات التي نوردها فيما يلي، وقد أضيفت المادة (٧٤) من القانون رقم (٧٢) لسنة ١٩٧٩،[٥] التي نصها:

"١- إذا مات الولد ذكرا كان أم أنثى، قبل وفاة أبيه أو أمه، فإنه يُعتبر بحكم الحي عند وفاة أي منهما، وينتقل استحقاقه من الإرث إلى أولاده ذكورا كانوا أم اناثا، حسب الأحكام الشرعية، باعتباره وصية واجبة، على أن لا تتجاوز ثلث التركة.

٢- تقدم الوصية الواجبة بموجب الفقرة (٤) من هذه المادة على غيرها من الوصايا الأخرى في الإستيفاء من ثلث التركة".

خلاصة ما جاء من الأحكام في هذه المادة:

١- على كل شخص قبل موته أن يوصي لأولاد ولده الذي مات في حياته، وترتب على ذلك حرمانهم من الميراث لحجبهم منه بالإبن أو البنت أو كليهما.

٢- فإن مات ولم يوص ناب القاضي منابه في ذلك بحكم القانون المستمد من رأي بعض فقهاء الشريعة كالظاهرية.

---

١ رقم (٧١) سنة ١٩٤٦ـ والمواد (٧٦-٧٩).

٢ رقم (٣٤) لسنة ١٩٧٥، المادة (٢٥٧)

٣ رقم (٧٧) لسنة ١٩٥٦، الفصلان (١٩١-١٩٢).

٤ المواد (٢٣٥- ٢٣٨).

٥ المنشور في الوقائع العراقية ٢٧١٦ في ١٩٧٩/٦/١٨.

٣- تكون الوصية بمثابة نصيب المتوفى من والد الأحفاد إن كانوا أولاد ابن، ونصيب والدتهم إذا كانوا أولاد بنت. ولكن لكون هذا النصيب في حقيقته وطبيعته وصية تسري عليه أحكام الوصية، ومن أحكامها أن لا تزيد على ثلث التركة إلا بإجازة الورثة،[1] بشرط أن تكون هذه الإجازة بعد وفاة المورث والمجيز يكون أهلا للتبرع.

٤- في حالة توزيع التركة يعتبر المتوفى (والد الأحفاد أو والدتهم) لا يزال على قيد الحياة ويُعد من الورثة ويُحسب له حساب الوارث الحي، فيتقرر نصيبه في ضوء ذلك، ثم يتحول تلقائيا إلى أولاده، فكأنه مات بعد أخذ نصيبه.

وعلى سبيل المثل من مات عن ابن وبنت، يعتبر أنه مات عن ابن وبنتين، فتُقسم التركة إلى أربعة أسهم (عدد رؤوس الورثة بعد اعتبار كل ذكر انثيين)، فتوزع عليهم وفق قاعدة (للذكر مثل حظ الأنيين)، فلإبن سهمان ولكل بنت سهم واحد، ثم ينتقل سهم البنت المتوفاة إلى أبنها عن طريق الوصية الواجبة.

٥- ومن شروط تطبيق الوصية الواجبة اجتماع الأولاد مع أولاد الأولاد، أما في حالة عدم وجود الأولاد للميت، فنصيب أحفاده يكون عن طريق الميراث. فمن مات عن ابن ابن وبنت ابن، فالمال يوزع عليهما أثلاثا، لإبن الإبن ثلثان ولبنت الإبن ثلث واحد.

٦- إذا أوصى بثلث ماله لزيد من الناس وصية اختيارية ومات عن أولاد وأحفاد فحصل التزاحم بين الوصية الواجبة للأحفاد والوصية الإختيارية لزيد، فتُقدم الواجبة على الإختيارية.

لكن في هذه الحالة إذا بقي شيء زائد عن حصة الأحفاد، بأن أخذوا أقل من ثلث التركة، فيُصرف هذا الزائد للموصى له وصية اختيارية.

٧- إذا كان النصيب الذي ينتقل إلى الأحفاد اقل من الثلث، فلا يرفع إلى الثلث، لأن المشروط أن لا تزيد الحصة عن الثلث، لا أن لا تقل عن الثلث، لأنهم يأخذون ما يستحقه المتوفى.

الملاحظات:

ومن أهم الملاحظات التي يمكن أن ترد على المادة (٧٤) ما يلي:

١- لم تنص المادة صراحة على ان من شروط تطبيق الوصية الواجبة بالنسبة للأحفاد أن يكون للميت ابن أو بنت أو كلاهما، لأنه في حالة عدم وجود الأولاد، فأولاد الأولاد

---

[1] إذا كان الأحفاد لعدة أولاد متوفين، يكون للجميع ثلث واحد فقط ولا يتجاوز عن ذلك.

يأخذون حصصهم من التركة عن طريق الميراث دون الوصية، وقد نص على هذا الشرط القوانين الأخرى.[1]

٢- لم يرد في المادة (٧٤) ان الأحفاد لا يستحقون التركة عن طريق الوصية الواجبة إذا أعطاهم جدهم أو جدتهم في الحياة بلا عوض مقدار ما يستحقونه بهذه الوصية الواجبة، مع أن هذا الشرط منصوص عليه في قوانين البلاد العربية.[2]

٣- لم يتطرق المشرع العراقي إلى حالة اكمال ما أعطاهم جدهم أو جدتهم في الحياة بلا عوض، إذا كان أقل مما يجب لهم بالوصية الواجبة، وقد نصت على هذه الحالة قوانين البلاد العربية.[3]

٤- لم يرد بيان حرمان الموصى له من الوصية الواجبة إذا كان قاتلا للموصي، كما في الوصية الإختيارية. لكن هذا البيان ليس ضرورياً وإن كان مفيداً، لأنه بالإمكان قياس الوصية الواجبة على الإختيارية في المادة (٦٨/١ الأحوال الشخصية).

٥- حصر المشرع العراقي تطبيق الوصية الواجبة على الطبقة الأولى من الأحفاد أسوة ببقية قوانين البلاد العربية، مع ان هذا الصنيع غير محبذ، لأن مبررات الوصية الواجبة للطبقة الأولى موجودة بالنسبة للطبقة الثانية والثالثة وهكذا.. فمن مات عن ابن ابن وبنت ابن وابن ابن ابن، فكأنه مات عن ابن وبنت وابن ابن، فللمسألة الأولى ما لهذه المسألة من أحكام توزيع التركة.

وحسناً فعل المشرع السوري حين لم يقتصر على الطبقة الأولى من الأحفاد.[4] ولكن يُنتقد المشرع السوري من حيث أنه لم يعتبر أولاد البنات مشمولين بالوصية الواجبة، مع أن على الحكم في أولاد الإبن وأولاد البنت واحدة.

---

[1] كقانون الوصية المصري (م٧٦): وجبت للفرع في التركة وصية بقدر هذا النصيب في حدود الثلث، بشرط أن يكون غير وارث". كما في حالة كونه محجوبا بابن المتوفى أو بنته.

والقانون السوري (م٢٥٧/ب): "لا يستحق هؤلاء الأحفاد وصية إذا كانوا وارثين لأصل ابيهم جدا كان أو جدة".

ومشروع القانون العربي الموحد للأحوال الشخصية (م٢٣٧/٢): "لا يستحق الأحفاد الوصية الواجبة إذا كانوا وارثين للجد أو الجدة أو لهما".

وكذلك الفصل (١٨١/٢): من مجلة الأحوال الشخصية التونسية.

[2] ينطر المراجع السابقة.

[3] المراحع السابقة.

[4] المادة (٢٥٧)

٦- لم يعالج المشرع العراقي حالة وفاة أب الأحفاد أو أمهم مع الجد أو الجدة في حادث لم يميز المتقدم من المتأخر منهما، كما في حوادث تحطم الطائرات واصطدام السيارات وهكذا.. مع أن القوانين الأخرى نصت على حكم هذه الحالة واعطائها نفس حكم سبق وفاة الإبن أو البنت على الجد أو الجدة.[1]

٧- لم تنص المادة (٧٤) صراحة على أن الوصية الواجبة توزع على الأحفاد وفق قاعدة (للذكر مثل حظ الأنثيين)، وكان من الضروري بيان ذلك، لأن التفاضل بين الذكر والأنثى غير موجود في الوصية الإختيارية، ما لم ينص الموصي على هذا التفاضل. وقد صرح بهذا التفاضل في الوصية الواجبة قوانين البلاد العربية.[2]

٨- التعديل عالج الوصية الواجبة بالنسبة للأحفاد فقط، أسوة ببقية القوانين العربية، مع أن المرجع الفقهي لهذا الحكم اعتبر الوصية واجبة للوالدين والأقربين الذين لا يرثون إما لمانع من موانع الميراث كاختلاف الدين أو لوجود وارث أقوى منهم قرابة.[3] فالعدالة التي دعت إلى اقرار الوصية الواجبة للأحفاد، هي نفسها تدعو المشرع إلى تعميمها على بقية الورثة الذين يُحرمون من الميراث لأي سبب كان، باستثناء القتل،

٩- هناك عدد من المواطنين العراقيين زوجاتهم من أهل الكتاب، فهن قد يحتفظن بدينهن بعد الزواج، فإختلاف الدين مانع من الميراث، ولكنه ليس مانعا من الوصية، فالعدل والإحسان اللذان أمر بهما القرآن الكريم يتطلبان شمولهن بالوصية الواجبة وبصورة خاصة انهن قد يساهمن غالبا في تكوين التركة.

١٠- اضافة إلى ما ذكرنا من ان العدالة تتطلب الوصية الواجبة لبعض الأقارب الذين يُحرمون من الميراث في الفقه السني لمجرد اعتبارهم من ذوي الأرحام، وعلى سبيل

---

[1] المادة (٧٦) من قانون الوصية المصري: "إذا لم يوص الميّت لفرع ولده الذي مات في حياته أو مات معه ولو حكماً.

والمادة (٢٥٧) السوري: "من توفى وله أولاد وقد مات ذلك الإبن قبله أو معه وجب لأحفاده... إلى آخره".

[2] المرجع السابق القانون السوري (م٢٥٧/ج). مجلة الأحوال الشخصية التونسية الفصل (١٩٢): "لا تنصرف هذه الوصية إلا للطبقة الأولى من أولاد الأبناء ذكورا أو اناثاً وتقسم بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين".

[3] المحلى ٩/٣١٢.

المثل من مات عن ابن أخ شقيق وبنت أخ شقيق، فالميراث كله يُعطى للابن لأنه عصبة، وتُحرم البنت لأنها من ذوي الأرحام، وكذلك أولاد الأخت الشقيقة أو لأخ أو لأم، يُحرمون من الميراث ذكورا أو إناثاً لمجرد اعتبارهم من ذوي الأرحام ويُعطى الميراث لأبناء الأعمام لكونهم من العصبات، علما أن أولاد الأخت أقرب من أولاد العم، لأنهم من المرتبة الثانية، وأولاد ألأعمام من المرتبة الثالثة، فالعدالة وروح الشريعة الإسلامية تقتضيان شمول هؤلاء وأمثالهم بالوصية الواجبة الوافية، وبذلك يُرفع الخلاف بين الفقه السني الذي يُحرمهم من الميراث والفقه الجعفري الذي يُعطيهم الميراث.

فهذه الملاحظات بدت لي خلال كتابة هذا الموضوع، فإن كنت مصيبا أقترح أن يأخذ بها أو ببعضها المشرع العراقي في التعديلات القادمة.

المبحث الخامس

مبطلات الوصية

الوصية إذا توفرت أركانها وشروطها صحت وبعد الصحة قد تبطل بسبب من الأسـباب الآتية:

١- الرجوع عن الوصية:

أجمع فقهاء المسلمين على أن عقد الوصية عقد غير لازم قبل وفاة الموصـي. وبنـاء علـى ذلك جاز للموصي في أي وقت شاء الرجوع عنها بإرادته المنفردة صراحة أو ضمناً، قـولاً أو فعلاً، مادام حياً، سواء اشترط عدم الرجوع فيها أم لا، وسواء أكان ذلك في صحته أم في مرضه.[1]

---

[1] في اللمعة وشرحها الروضة البهية (٥٨/٢): "يصح للموصـي الرجـوع في الوصـية مـادام حيـا قـولا مثـل رجعت أو نقضت أو أبطلت أو فسـخت، أو هـذا لـوارثي أو ميراثي أو حـرام علـى الموصـى لـه، أو لا تفعلوا كذا ونحو ذلك مـن الألفـاظ الدالـة عليـه، وفعـلا مثـل بيـع العـين الموصـى بهـا وإن لم يقبضـها المشتري أو رهنها مع الإقباض قطعا وبدونه على الأقوى أو فعل ما يبطل الإسم".
وفي الخرشي (١٧٢/٨): "والرجوع يكون بأمور منهـا القـول كقولـه أبطلـت وصـيتي أو رجعـت عنهـا، ومنها البيع ما لم يشتريه، ومنها الحصد والدرس والتذرية للزرع الموصى به، لأن الإسم حينئذ تغير.
وفيه أيضا: ان عقد الوصية جـائز غـير لازم اجماعـا، فللموصـي أن يرجـع فيهـا ويبطـل مـادام حيـا وسواء اشتراط عدم رجوعه فيها أم لا".
وفي المهذب (٤٦١/١): "يجوز الرجوع بـالقول أو التصـرف فيـه، لأنـه فسـخ عقـد قبـل تمامـه، فجـاز بالقول أو التصرف".
وفي التاج المذهب (٣٨٤/٤): "تبطل الوصية برجوع الموصي عما أوصى به قولا أو فعلا".
وقرر محكمة التمييز المرقم ٥٨١ و ١٠٩٨/ شرعية موحـدة الصـادر في ٩٧٤/٣/٣١ (النشـرة القضـائية ع١س٥– ص٢٠٣): "يعتبر الموصي قد رجع عن وصيته إذا أزال معظم صفات العقار الموصى به".

٢- رجوع المجيز عن الإجازة:

تبطل الوصية في الزائد عن الثلث برجوع المجيز مطلقا إذا أدّعى جهله بمقدار الزيادة واقتنع القاضي بذلك استنادا إلى بيّنة أو قرينة.
وكذلك تبطل في الزائد إذا رجع المجيز قبل قبض الموصى له، بناء على أن الإجازة في الزيادة هبة من المجيز، وللواهب الرجوع عن هبته قبل قبض الموهوب له، ما لم يقم دليل على خلاف ذلك.[1]
والمشرع العراقي[2] أقر بُطلان الوصية برجوع الموصي، لكن اشترط ان يكون هذا الرجوع بدليل يعدل قوة ما ثبتت به الوصية.[3]
إلا أنه لم يتطرق لحالة بطلان الوصية في الزائد برجوع المجيز تاركاً ذلك للقواعد العامة ولما هو ثابت في الفقه الإسلامي.

٣- زوال أهلية الموصي بعد الوصية:

قال بعض فقهاء الشريعة ان استمرار أهلية الموصي شرط لإستمرار الوصية كما هو شرط لأنشائها، فإذا كان متمتعاً بأهلية التبرع وقت انشاء الوصية، ثم طرأ له الجنون المطبق[4] خلال الفترة الواقعة بين الوصية وبين وفاته، بطلت الوصية سواء اتصل الموت بهذا الجنون

---

[1] في التاج المذهب (٣٨٤/٤): "أو برجوع المجيز سواء كان المجيز هو الموصي بما تصرف به الغير أو وارث الموصي إذا رجع عن اجازته بطلت الوصية، إلا أن بطلان الوصية برجوع الوارث عن اجازته إنما يكون بالقول فقط. ولا يتناول رجوعه إلا مازاد على الثلث لا غير".

[2] المادة (٧٢) تبطل الوصية في الأحوال الآتية: "١- برجوع الموصي عما أوصى به ولا يعتبر الرجوع إلا بدليل يعدل قوة ما ثبتت به الوصية".

[3] قضت محكمة التمييز بقرارها الموقم ٨٧/ شخصية/ ٩٧٥ والصادر في ١٩٧٥/٤/١ (مجموعة الأحكام العدلية ٢٤س ١٩٧٥/٦ ص١٢٢) بأنه: "إذا كانت الوصية مصدقة من الكاتب العدل فلا يثبت الرجوع عنها بورقة عادية، ما لم تكن مصدقة من الكاتب العدل أيضا، ولا يُسمع الدفع بوجود المانع المادي الذي حال دون تصديق ورقة الرجوع عن الوصية، لأن هذا الدفع ينصرف الى الوصية ابتداء ولا ينصرف الى الرجوع عنها لعدم وجود نص بذلك " م١/٧٢ و٢/٦٥ من قانون الأحوال الشخصية المعدل.

[4] وهذا ما استقر في مذهب أبي حنيفة (رحمه الله) ويعتبر الجنون مطبقا إذا استمر سنة عند محمد صاحب أبي حنيفة. وأما عند أبي يوسف (رحمه الله) فإنه يُعتبر مطبقا إذا استمر شهرا واحدا فصاعدا وعليه الفتوى.

أم لا.

وقد أقر المشرع العراقي هذا الإتجاه واعتبر الجنون المطبق وغيره مما يؤدي إلى فقدان أهليـة الموصي مبطلاً للوصية، لكن اشترط أن يتصل ذلك بموته، أي يستمر عارض الأهليـة إلى وفاة الموصي.[١]

أما إذ زال العارض قبل وفاته ورجعت إليه الأهلية الكاملة واصـرّ علـى الوصـية، فلـم يبطلها بالرجوع، تُعتبر الوصية قائمة غير متأثرة بفقدان أهلية زال أثره، وشـرط اتصـال فقدان الأهلية بالموت لإبطال الوصية أخذ به بعض قوانين الأحـوال الشخصـية في الـبلاد العربية[٢] ومشروع القانون العربي الموحد للأحوال الشخصية.[٣]

٤- استغرق الدين للتركة حين الوفاة:

إذا مات الموصي وكان الدين مستغرقا لتركته ولم يبرأ الغرماء الموصي من الدين كلـه أو بعضه، ولم يتطوع أحد الورثة أو شخص آخر بتسديد الدين كله أو بعضه من ماله تبرعا، بطلت الوصية لأنعدام محلها بأيلولة كل التركة إلى الدائنين.[٤]

وكذلك تبطل الوصية في الزيادة عن الثلث في حالة عدم استغراق الـدين للتركـة، إذا لم يجز الورثة هذه الزيادة.

٥- وفاة الموصى له في حياة الموصي:

إذا مات الموصى له قبل وفاة الموصـي، لا تنتقـل الوصـية إلى ورثتـه، بـل تبطـل، لأن الموصى له إنما يملك الموصى به إذا قبله بعد وفاة الموصي، سواء علم بوفاة الموصى لـه في حياة الموصي أم بعد وفاته. وكذا تبطل الوصية من باب أولى إذا انكشف مـوت الموصـى

---

[١] المادة (٢/٧٢): "بفقدان أهلية الموصي الى حين موته".

[٢] الفصل (١٩٧) مجلة الأحوال الشخصية التونسية: "تبطل الوصية بجنـون الموصـي جنونـا مطبقـا إذا اتصل بموته"... والمادة (١٤) من قانون الوصية المصري: "تبطل الوصية بجنـون الموصـي جنونـا مطبقا إذا اتصل بالموت". مطابقة للمادة (٢٢٠) السوري.

[٣] المادة (٢٣٤): "تبطل الوصية في الحالات التالية:

١- رجوع الموصي عن الوصية. ٢- فقدان الموصي أهليته حتى وفاته.

[٤] لم يصرح بذلك قانون الأحوال الشخصية صراحة من المادة (٦٧) الـتي نصـت علـى أنـه: "يشـترط في الموصي أن يكون أهلا للتبرع قانونا مالكا لما أوصى به".

له قبل الوصية.[1]

٦- رد الموصى له للوصية:

إذا رد الموصى له الوصية بعد وفاة الموصي، سواء أكان قبل قبولها أم بعده، بطلت الوصية. وعند جمهور الفقهاء لا يُعتد بالقبول والرد في حياة الموصي.[2] وأقر المشرع العراقي[3] وبعض التشريعات العربية[4] هذا السبب لبطلان الوصية، سواء كان الرد صريحا أم ضمنيا. ويشترط فقها وقانوناً أن يكون الموصى له أهلاً للرد بأن يكون بالغاً عاقلاً رشيداً مختاراً.

٧- هلاك الموصى به:

إذا كان الموصى به مالا معيناً من التركة، تبطل الوصية بهلاكه سواء أكان بفعل الموصي أم بقوة قاهرة، وذلك لأنعدام محل الوصية.[5]

---

[1] وقد أكد المشرع العراقي ذلك في المادة (٦٨) التي نصت على أنه: "يُشترط في الموصى له أن يكون حيا حين الوصية وحين موت الموصي".

[2] ولفقهاء الزيدية أحكام خاصة بالرد منها: أن يكون فورياً في المجلس أو بعد بلوغ الخبر، لأن السكوت بعد ذلك قبول. ومنها: أن الرد والقبول يعتد بهما في حياة الموصي.
وفي التاج المذهب (٣٨٣/٤): "رد الموصى له للوصية فورا في المجلس أو مجلس بلوغ الخبر ولو بعد موت الموصي. فإذا قال الموصي أعطوا فلانا كذا بعد موتي. فقال الموصى له: رددت هذه الوصية أو لا أقبلها أو لا أخذها أو رددتها على فلان من الورثة أو نحو ذلك مما جرى به العرف أنه رد، فإن الوصية تبطل ويصير لجميع الورثة ولا يختص بها المعين منهم بالرد عليه، بل تكون له ولسائر الورثة. وأما لو لم يرد الوصية فورا في مجلسها أو مجلس بلوغ خبرها، بل سكت، صحت الوصية ولا تحتاج في صحتها الى القبول ولا تبطل بعدمه ولا تعود بقبوله بعد الرد لأن الرد فسخ".

[3] المادة (٧٢/٥): "برد الموصى له بعد موت الموصي".

[4] التونسي الفصل (١٩٧/٤) والمغربي الفصل (٢١١): "برد الموصى له الرشيد بعد وفاة الموصي".

[5] في المغني (١٥٤/٦): "أجمع أهل العلم على أن الموصى به إذا تلف قبل موت الموصي أو بعده، فلا شيء له في سائر مال الميت، لأن الموصى له إنما يستحق بالوصية لا غير، وقد تعلقت بمُعين، وقد ذهب فذهب حقه كما تلف من يده. والتركة في يد الورثة غير مضمونة عليهم، لأنها حصلت في أيديهم بغير فعلهم ولا تفريطهم، فلم يضمنوا شيئا، وإن تلف المال كله سواه فهو للموصى له، لأن حق الورثة لم يتعلق به لتعيينه للموصى له، ولذلك يملك أخذه بغير رضاهم وإذنهم، فكأنه حقه فيه دون سائر المال. فحقهم في سائر المال دونه، فأيهما تلف حقه لم يشارك الآخر في حقه كما لو كان التلف بعد أن أخذه الموصى له وقبضه".

أمـا إذا كـان الهـلاك بسـبب اجنبـي بعـد وفـاة الموصـي، فإنهـا تنتقـل إلى البـدل (التعويض). وكذلك تتحول الوصـية إلى البـدل في الهـلاك المعنـوي كمـا في اسـتملاك الموصى به من قبل الدولة قهراً ورغم ارادة الموصى له.

أما إذا كان الموصى به جزءَ شائعا من التركة، فلا تبطل الوصية كلـها إلا بهـلاك جميـع التركة، لكن كلما هلك جزء منها هلـك علـى الموصـى لـه منهـا بالنسـبة إلى حصـته الشائعة، ولا تبطل الوصية إذا كان الموصى به نوعاً من مال الموصي ولم يُعين بالأسـم أو الإشارة، وهلك هذا النوع الموجود وقت الوصية، ثـم حـل محلـه نفـس النـوع قبـل وفـاة الموصي.[1]

وأقر المشـرع العراقـي هـذا السـبب واعتـبره مـن أسـباب بطـلان الوصـية[2] وكـذلك التشريعات في البلاد العربية.[3]

٨- استحقاق الموصى به:

إذا تبين استحقاق الموصى به كله أو بعضه ولو بعد القبول والقبض بطلت الوصية، لأنه لم يتوفر شرط من شروط صحته وهو كون الموصى به ملكاً للموصي وقت وصيته والوصية بما لا يملكه الإنسان باطلة، لأن فاقد الشيء لا يعطيه.

ولكن من وجهة نظري هذا يعتبر انكشافا لعدم صحة الوصية، حيث أنها كانت باطلة في الواقع فانكشف بطلانها بعد ظهور استحقاق الموصى به، ولا يمكن القول بأنها صحت ثم بطلت، لأن هذا القول خلاف الواقع. إذ اعتبار الإستحقاق من باب أسباب إبطال الوصية تَجَوّز.[4]

وجدير بالذكر أن الوصية تبطل بالإستحقاق بالنسبة إلى القدر المستحق فقط، حتـى لـو

---

[1] في التاج المذهب (٣٧٤/٤): "فإن تلف غنمه ونحوها وقد أوصى بثلثها أو خرجت عن ملكه بطلت الوصية. إلا أن يملك غنما غيرها قبل موته صحت الوصية منها، إلا أن يقول من غنمي هذه، أو عُرِف من قصده، لم يتعلق بغيرها. حكاه في البيان وهو المختار".

[2] المادة (٧٢/٤) الأحوال لاشخصية: "تبطل الوصية بهلاك الموصى به أو استهلاكه من قبل الموصي".

[3] كالتونسي الفصل (١٩٧): "بهلاك الموصى به المعين قبل وفاة الموصي". وهذا التعبير أدق من التعبير العراقي، لأنه وصف الموصى به بـ(المعين)، لأن استهلاك الموصي يدخل في رجوع الموصي عن الوصية بالفعل، فيكون تكرارا مع الفقرة الأولى من نفس المادة (٧٢).

[4] ولهذا أهمله المشرع العراقي في المادة التي تكفلت بيان أسباب البطلان.

أوصى بثلث مال معين منقول أو عقار، ثم استحق ثلثان منه، وثلث ماله يحتمل الثلث الباقي من المال المستحق نُفذت الوصية فيه.

٩- خروج الموصى به من ملك الموصي قبل وفاته:

إذا أوصى بدار-مثلا- ثم انتقلت ملكيتها قبل وفاته إلى غيره، بسبب من أسباب كسب الملكية، فإن ذلك يؤدي إلى بطلان الوصية ولو رجعت الملكية إليه، ما لم يجدد الوصية مرة أخرى بعد رجوع الملكية إليه خلافاً لبعض الفقهاء[1]، ممن ذهبوا إلى رجوع الوصية تلقائيا برجوع الملكية.

هذا إذا كان الموصى به مالا معيناً من أمواله، لأنه لا تبطل وصية من أوصى لشخص بثلث ماله، ثم باع جميع ماله، لأن العبرة بما يملك يوم الموت سواء زاد أو نقص، لا حال الوصية، عند جمهور فقهاء الشريعة.[2]

١٠- تملك الموصى له للعين في الوصية بالمنفعة:

إذا أوصى بمنفعة عين للموصى له مطلقا أو لمدة محددة، وبعد وفاة الموصي تملك الموصى له العين التي أوصى له بمنفعتها، بطلت الوصية، لأن المنفعة آلت إلى ملكيته بطريقة تملك العين، فإذا أوصى لشخص بسكنى داره، ثم اشترى الموصى له بهذه السكنى الدار الموصى بسكناها، فإن كان الشراء قبل ابتداء المادة الموصى بالسكنى فيها بطلت الوصية، وإذا كان في اثناء التمتع بالوصية بطلت فيما بقى من المدة المحددة للوصية.

١١- بانقضاء المدة في الوصية بالمنفعة:

الوصية إذا كانت بالأعيان فلا توقيت فيها، فكل اشتراط لتوقيت الوصية بالعين فاسد، فالوصية الصحيحة والشرط باطل. أما الوصية بالمنفعة أو بالمرتب، فإنه تقبل التوقيت، كما تكون مطلقة ومؤبدة، وبناء على ذلك إذا حدد الموصي الوصية بمدة معلومة النهاية، سواء حدد بدايتها أو لا، فإن الوصية تنتهي وتبطل بانقضاء هذه المدة في حياة الموصي. فإذا أوصى بسكنى داره لزيد من الناس اعتباراً من ١٩٨٧م إلى نهاية ١٩٩٠م

---

[1] كالمالكية، انظر الخرشي ١٧٣/٨

[2] الخرشي، المرجع السابق ١٧٤/٨.

مثلا، ثم انقضت هذه المدة زيادة والموصي لا زال على قيد الحياة، ففي هذه الحالـة تبطـل الوصية.

١٢- بوفاة الموصى له في الوصية بالمنفعة:

فإذا أوصى لشخص معين بسكنى داره بعد وفاته مطلقاً أو مؤبداً أو وقتاً محددا، ثم مات الموصى له بعد المباشرة بالإنتفاع بالموصى له، فإن الوصية تبطل ولا تنتقـل إلى ورثتـه، ما لم يقم دليل على خلاف ذلك.
هذا بخلاف الوصية بالأعيان، فإنها سبب من أسباب كسب ملكيـة العـين الموصـى بهـا مطلقاً وتنتقل هذه الملكية إلى ورثته بعد وفاته.

١٣- قتل الموصى له للموصي:

إذا قتل الموصى له الموصي عمدا عدواناً، بطلت الوصية سواء كانت واجبـة أم اختياريـة كالميراث،[١] وإن عفا عنه الموصي قبل وفاته وبعد إصابته بالضربة المميتـة مـن قبـل الموصى له، وذلك لأن عفوه لا يُصحح الوصية بعـد بطلانهـا وكـذلك تُعتـبر باطلـة وإن أجازها الورثة بعد وفاة الموصي.
ولا تعود الوصية إلا بتحديدها بعد الجناية وقبل وفاة المجني عليه. هذا ما أستقر عليه رأي جمهور فقهاء الشريعة. وقال بعضهم: إذا علم الموصي المجنى عليه بأن الموصـى لـه هو الجاني لا تبطل الوصية.[٢]

---

[١] كون القتل مانعا من الوصية حكم استقر عليه رأي جمهور فقهاء الشريعة الإسـلامية وأقرّتـه التشـريعات الإسلامية في البلاد العربية وغيرها، ومنها قانون الوصـية المصـري المـادة (١٧): "يمنـع مـن الوصـية الإختيارية والإجبارية (الوصية الواجبة) قتل الموصي أو المورث عمدا، سواء كان القاتل فاعلا أصليا أم شريكا أم كان شاهد زور أدّت شهادته الى الحكم بالإعدام علـى الموصـي وتنفيـذه، وذلـك إذا كـان القتل بلا عذر وكان القاتل عاقلا بالغـا مـن العمـر خمـس عشـر سـنة، ويعـد مـن الأعـذار حـق الـدفاع الشرعي".

[٢] الخرشي ١٧١/٨.



ملحق

حق الانتقال (أو كسب حق التصرف بسبب الوفاة)

رأيت من الضروري إضافة دراسة حق الإنتقال الخاضع لأحكام القانون إلى دراسة حق الميراث الخاضع لأحكام الشريعة الإسلامية، للصلة الوثيقة بينهما ولغياب كيفية الإنتقال عن أذهان كثير من الناس رغم أهمية الموضوع وبوجه خاص في بلدنا (العراق)، وهذه الدراسة تتطلب مقدمة موجزة تتضمن معاني الأراضي الأميرية وحق التصرف والإنتقال وتطوره.

منشأ الأراضي الأميرية (الأراضي الزراعية):

نشأت الأراضي الأميرية التي تسمى في هذا العصر (الأراضي الزراعية) بعد الفتح الإسلامي وبعد تخصيص الأراضي المفتوحة للنفع العام بقرار من سيدنا عمر بن الخطاب ﷺ وهو قد اقترن بإجماع الصحابة.

ثم أطلق عليها الفقهاء مصطلح (الأراضي الموقوفة) لحبسها لمصلحة بيت المال (الخزانة العامة) للدولة الإسلامية،[1] ثم أطلق عليها مصطلح (الأراضي الأميرية) في العهد العثماني،[2] ثم قُسمت[3] إلى أقسام منها:

- الأراضي الأميرية الصرفة وهي التي تكون رقبتها ومنفعتها للدولة.

---

[1] ينظر الخراج لأبي يوسف (يعقوب بن ابراهيم صاحب الإمام ابي حنيفة) المطبعة السلفية ص٣٥ وما بعدها.

[2] الدولة العثمانية التي نشأت في القرن الثامن الهجري اثبتت أولا أحكام الشريعة الإسلامية على اساس أن الأراضي الزراعية مخصصة للنفع العام، ثم قسموها الى ثلاثة أنواع: خاص للسلاطين والأمراء، وزعامة لقادة الجيش، وتيمار للجنود، ثم الموقوفة وقفا صحيحا ووقفا غير صحيح ونحو ذلك.. ينظر شرح قانون التسجيل العقاري رقم (٤٣) لسنة ١٩٧١ ص١٥ وما بعدها للأستاذ مصطفى مجيد.

[3] شرح القانون المدني (المواد الخاصة بالحقوق العينية المتفرعة عن حق الملكية) ص١٣ وما بعدها.

- والأراضي الأميرية المفوضة للطابو وهي الأراضي الأميرية في الأصل ثم أحالت الدولة حق التصرف فيها إلى الأشخاص مقابل بدل معجل.
- والأراضي الأميرية المفوضة باللزمة.[١]
- والأراضي الموقوفة وقفا غير صحيح.[٢]

حق التصرف:

هو حق يُخول صاحبه حق التصرف بالأراضي الأميرية المفوضة بالطابو[٣] أو الأراضي الأميرية المفوضة باللزمة أو الموقوفة وقفا غير صحيح.

وتنص المادة (١١٦٩) من القانون المدني النافذ على منح صاحب حق التصرف جميع صلاحيات الملكية الخاصة من حق الحيازة والتصرف والإستعمال والإستغلال وتبقى في كل الأحوال رقبة الأرض مملوكة للدولة.

---

[١] وهي الأراضي التي منح حق التصرف فيها الى الأشخاص وفق أحكام قانون التسوية واللزمة رقم (٥١) لسنة ١٩٣٢ الذي ألغي بقانون رقم (١٥٣) لسنة ١٩٥٩، ومعنى اللزمة الحقيقي هو الغصب والإستيلاء على الأراضي الأميرية، لأن هذه الأراضي لم ينلها إلا رؤساء وأفراد العشائر الذين احتلوا قطعا كبيرة من الأراضي الأميرية الصرفة وتصرفوا فيها مدة من الزمن.

[٢] هي ما كانت في الأصل من الأراضي الأميرية الصرفة وقفت حقوق التصرف فيها أو رسومها أو أعشارها أو جميعها على الجهات الخيرية والدينية من قبل السلاطين أو غيرهم بإذنهم على الجهات الخيرية والدينية مع الإحتفاظ برقبتها للدولة، ويقابلها الوقف الصحيح وهو وقف العين ومنفعتها معا على جهة خيرية.

ينظر شرح قانون التسجيل العقاري المرجع السابق ص١١٨ وما بعدها.

[٣] في العهد العثماني جعلت الأراضي الأميرية ثلاثة أنواع كما ذكرنا/

النوع الأول: الخاص وهو ما خُصص للسلاطين أنفسهم أو الأمراء والصدور العظام والوزراء.

النوع الثاني: زعامة وهو ما خصص لقادة الجيش.

النوع الثالث: تيمار ما خصص للمحاربين من منتسبي الجيش مقابل خدمة حربية، فيلزم صاحبه الإشتراك في الحرب راكبا عند الحاجة.

وصدور نظام الطابو في ٥/جمادي الثاني/ ١٢٦٢هـ ليحل محل التيمار الذي ينظم اجراءات شكلية على التصرفات في الأراضي. وكلمة طابو مُحرفة من كلمة (طابوق) في التركية القديمة وهي تعني الطاعة والإنقياد، ثم غُير اسم الدائرة المختصة بتسجيل تصرف العقارات من الطابو الى دائرة التسجيل العقاري بقانون رقم (٤٣) لسنة ١٩٧١.

تطور حق الإنتقال:

مرّ نظام انتقال حق التصرف إلى الورثة بمراحل أهمها هي الآتية:

١- كان الأصل في الأراضي الزراعية أن تكون رقبتها ومنفعتها لبيت المال (الخزانة العامة للدولة)، ثم أعطي قسم من تلك الأراضي إلى من هو قادر على استثمارها مقابل دفع ضريبة (خراج) أو دفع العشر أو نصف العشر عما يحصل من الأراضي الأميرية للخزانة العامة، وقد استمرت علاقة التصرف بالأراضي على هذا النمط ولم يكن حق التصرف قابلا للإنتقال إلى ورثة المتصرف بعده، ثم رأت الدولة العثمانية أنه كلما أزدادت علاقة المتصرف بالأرض التي تحت تصرفه يزداد الإنتاج وبالتالي تتحسن الحالة الإقتصادية، وعلى هذا الأساس اعتبر حق التصرف حقا دائميا للمتصرف في الأراضي الأميرية، بعد أن كان في بادئ الأمر حقا ضعيفا لا يزيد كثيرا عن حقوق المستأجر، ورغم ذلك بقي هذا الحق خاصا بالمتصرف نفسه، فلا ينتقل إلى ورثته إلا في حدود ضيقة.[1]

٢- انتقال حق التصرف في الأراضي الأميرية من ذكور بعد الوفاة إلى ذكور من أولاده وحدهم.[2]

٣- ثم توسع[3] فأجيز انتقال أراضي الذكور لأولادهم ذكورا وإناثا على وجه التسوية (أي بدون رعاية قاعدة للذكر مثل حظ الأنثيين) كما في الميراث.

٤- ثم طرأ توسع[4] آخر في حق الإنتقال إلى الورثة بسبب الوفاة، فشمل الإنتقال من الذكور والإناث إلى أولادهم ذكورا وإناثا على وجه التسوية بينهم دون التمييز بين الذكر والأنثى.

٥- ثم إضافة الأبوين إلى الورثة المذكورين.[5]

---

[1] الأستاذ عبدالرحمن خضر، تعليقاته على مواد القانون المدني الخاصة بحق التصرف والإنتقال، ص٦٧ وما بعدها.
أحكام الأراضي: أستاذنا شاكر ناصر، ص٦٤ وما بعدها.
حقوق التصرف وشرح قانون الأراضي/ الأستاذ ابراهيم ناجي، ص٢٦ وما بعدها.

[2] بموجب الأوامر السلطانية.

[3] بالإرادة السنية الصادرة في ٧/جمادي الأولى/ ١٢٦٣هـ.

[4] بمقتضى القانون السلطاني في ٢٣/ربيع الأول، ١٢٦٥هـ.

[5] بموجب الخط الهمايوني في جمادي الأولى ١٢٧٤هـ، وقانون الأراضي الصادر في ٢٣/ شوال/ ١٢٧٤هـ.

٦- ثم شمول الإنتقال للأراضي الموقوفة وقفا غير صحيح وأعطاؤها حكم الأراضي الأميرية في الإنتقال إلى الورثة.[١]

٧- ثم توسع الإنتقال بحيث شمل اضافة إلى الورثة المذكورين الأحفاد والإخوة والأخوات مطلقا (لأبوين أو لأب أو لأم) وأولادهم والزوجين.[٢]

٨- ثم طرأ توسع آخر[٣] ليشمل الإنتقال الأجداد والجدات وفروعهم من الأعمام والعمات والأخوال والخالات وأولادهم وإن نزلوا ذكورا وإناثاً.

٩- ثم نظم المشرع العراقي ما جاء في الفقرات الثماني المذكورة في القانون المدني[٤] بالمواد (١١٦٩-١٢٤٨) في الفصل الأول من الباب الثاني.

أوجه الشبه والإختلاف بين الميراث والإنتقال:

توجد بين هذين الحقين أوجه شبه وأوجه اختلاف.

أ- أوجه الشبه:

١- وحدة الحقين في أركان وشروط وموانع الميراث، كما سبقت هذه العناصر في دراسة الأحكام الميراث وفق أحكام الشريعة الإسلامية.

علما أن المشرع العراقي لم يتطرق لموانع الميراث في قانون الأحوال الشخصية،[٥] في حين وردت في القانون المدني حيث نصت م١١٩٨ على أنه: "لا تنتقل أرض المقتول إلى القاتل أو شريكه"[٦]. ونصت م١١٩٩ منه على أنه: "لا يثبت حق الإنتقال ما بين المختلفين في الدين ولا بين عراقي وأجنبي".

---

[١] بموجب الإرادة السنية الصادرة في ١٢٧٤هـ أيضا.

[٢] بموجب قانون توسيع الإنتقال الصادر في ١٧/محرم ١٢٨٤هـ،

[٣] بموجب قانون الإنتقالات الموقف الصادر في ٢٧/ربيع الأول ١٣٣١هـ.

[٤] رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١.

[٥] رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩.

[٦] غير أن المشرع لم يحدد نوع القتل المانع، ما لم يحدده في م٦٨/٢ من قانون الأحوال الشخصية بالنسبة للوصية.

اضافة إلى ذلك فإن القانون المدني نص على بعض الأحكام المشتركة بين حق الارث وحق الإنتقال صراحة التي لم يرد ذكرها في قانون الأحوال الشخصية، منها ما جاء في م١١٩٥ من أنه "إذا كان بين اصحاب الإنتقال حمل يؤخر الإنتقال إلى ولادته".

٢- يشمل حق الإنتقال كل من يشمله حق الميراث بسبب القرابة والزوجية مع الإختلاف في التفصيل.

ب- أوجه الإختلاف:

١- المساواة بين الذكر والأنثى في الإنتقال دون الميراث، للبنت ما للإبن دون أي تمييز، وللأخت ما للأخ مطلقاً، وللأم ما للأب، وللجدة ما للجد، وللعمة ما للعم، وللخالة ما للخال، ولأولاد البنت حصة والدتهم المتوفاة كما لأولاد الإبن حصة والدهم المتوفى.

٢- لا تطبق الوصية الواجبة في حق الإنتقال كما تُطبق في حالة الميراث، فلأولاد الأولاد حصة والدهم أو والدتهم بالسوية، سواء كانت أكثر من الثلث أو أقل منه.

٣- لا يوجد تقسيم الورثة إلى أصحاب الفروض والعصبات وذوي الأرحام، كما في الفقه السني، وإنما هناك التقسيم إلى الدرجات وهي أقرب إلى تقسيم الإمامية للورثة إلى المراتب الثلاث مع بعض الإختلافات، غير أن القانون استعمل تعبير الدرجة بدلا من المرتبة، ولكن الأولى هو التعبير الثاني (أي المرتبة) حتى تُقسم كل مرتبة إلى درجات كما في فقه الإمامية، ويشبه أيضا تقسيم الفقه السني للعصبات بالنفس إلى (البنوة والأبوة والإخوة والعمومة) من حيث أن الكل يُعتبرون بمثابة العصبات بالنفس باستثناء الأبوين والزوجين.

٤- يختلف الإنتقال عن الميراث بالنسبة للمفقود فحصة المفقود في الميراث يحتفظ بها إلى أن يتبين مصيره بخلاف الإنتقال، فالقانون يعتبر المفقود بحكم المتوفى، حيث نصت م١١٩٦ على أنه "إذا كان أحد أصحاب الإنتقال غائبا غيبة منقطعة بحيث لا يُعلم أحيّ هو أم ميت، أُعطيت حصته لمن يستحقها بعده، غير أنه إذا حضر خلال ثلاث سنوات من تأريخ وفاة المتصرف أو تبين خلال هذه المدة أنه حي، استرد حصته ممن أخذها".

٥- الأولاد لا يحجبون إلا أولادهم دون أولاد إخوتهم وأخواتهم فمن يأتي منهم، وعلى سبيل المثل إذا مات المتصرف وترك بعده ابنا وابن بنت متوفاة، فإن إبن المتوفاة لا

يُحجب بالإبن، وإنما يأخذ حصة والدته وهي النصف، بخلاف ذلك في الميراث، فإن الأولاد يحجبون أولاد الأولاد، سواء كانوا منهم أو لا، فإنهم لا يستحقون من التركة شيئا إلا عن طريق الوصية الواجبة لحجبهم بالأولاد من الإبن والبنت.

٦- الأخ الشقيق لا يحجب الأخ لأب، كما يحجبه في الميراث، لأن الإخوة والأخوات للمتصرف المتوفى يحلون محل والدهم المتوفي ووالدتهم المتوفاة قبل موت المتصرف، فنصيب الأب لو كان على قيد الحياة يأخذه أولاده من أية زوجة كانت، ونصيب الأم المتوفاة لو كانت على قيد الحياة ينتقل إلى فروعها من هذا الزوج أو من زوج آخر بالسوية.

درجات أصحاب حق الإنتقال:

قسم القانون المدني العراقي النافذ أصحاب حق الإنتقال إلى ثلاث درجات إضافة إلى الزوجين:

الدرجة الأولى- الأولاد وفروعهم وإن نزلوا ذكورا وإناثا.

الدرجة الثانية- الأبوان المباشران والإخوة والأخوات وأولادهم.

الدرجة الثالثة- الأجداد والجدات وفروعهم (الأعمام والعمات والأخوال والخالات) وأولادهم.

فكل درجة تحجب الدرجات التي هي أدنى، باستثناء الأبوين والزوجين، فإنهم لا يُحجبون بأحد حجب حرمان، لكن يُحجبون بأصحاب حق الإنتقال من الدرجة الأولى حجب نقصان، فلكل من الأبوين أو كليهما السدس فقط، ولكل من الزوجين الربع. ويُقسم حق الإنتقال على من يستحقونه دون تمييز بين الذكر والأنثى[1] مع رعاية المادتين (١١٩٢ و١١٩٣) المتعلقتين بالأبوين والزوجين، كما في التفصيل الآتي:

---

[1] نصت م(١١٨٧) من المدني النافذ على أنه: "إذا مات المتصرف في ارض أميرية، فإن الأرض تنتقل دون مقابل الى أصحاب حق الإنتقال مرتبين درجات على الوجه المبين في المواد التالية وكل درجة تحجب الدرجات التي هي أدنى دون اخلال".

اولا- احكام الإنتقال إلى الدرجة الأولى:

١- في الدرجة الأولى من اصحاب حق الإنتقال وهم فروع الميّت من أولاد وأولاد الأولاد وإن نزلوا، للذكر مثل حظ الأنثى دون أي تمييز.

٢-يكون الإنتقال أولا للأولاد ثم للذين يخلفونهم من الأحفاد ذكورا وإناثا، فكل ابن يحجب أولاده في حياته وكل بنت تحجب أولادها ولا يحجبان أولاد اخوتهم وأخواتهم ممن ماتوا.

٣- إذا مات الفرع من ابن أو بنت قبل موت المتصرف، فإن فروعه يحلون محله ويأخذون حصته كما في الوصية الواجبة، غير ان هذا الحلول يختلف عن الوصية الواجبة من حيث أنه لا يُقيد بأن لا يزيد عن ثلث التركة، فمن ترك ابنا وابن بنت أو بنت بنت أو ابن ابن، فإن حق الإنتقال يُقسم بينهما مناصفة، وكذلك يختلف عن الوصية الواجبة في انه غير محجوب بعمه الحي (ابن المتصرف) أو عمته الحية (بنت المتصرف)، بخلاف الوصية الواجبة، فأولاد الأولاد حين يجتمعون مع الأولاد يُحجبون بهم ولكن لهم حصة والدهم المتوفي أو والدتهم المتوفاة قبل موت المتصرف على ألاّ تزيد عن ثلث التركة.

٤- إذا كان للمتصرف المتوفى عدة أولاد، مات جميعهم قبله، فإن نصيب كل من هؤلاء ينتقل إلى فروعه درجة بعد درجة، فإذا مات عن أولاد ابن متوفى وأولاد بنت متوفاة، فحق الإنتقال يُقسم بين الأولاد كليهما مناصفة، فنصفه لأولاد الإبن والنصف الآخر لأولاد البنت بالسوية دون تمييز بين الذكر والأنثى.

٥- إذا كان أحد أولاد المتصرف قد مات قبله بلا فرع، فإن حق الإنتقال ينحصر في باقي الأولاد أو فروعهم ويعتبر الفرع المتوفى بلا نسل بمثابة العدم في الأصل.[1]

٦- وإذا اجتمع الأبوان مع الفروع أو الأحفاد (أولاد الأولاد) يكون له سدس جميع حق التصرف والباقي (٥/٦) يوزع على الفروع أو أولادهم بالسوية، وإذا اجتمعا معا يكون لكليهما سدس واحد أيضا بالتساوي والباقي يكون للفروع وأولادهم. فمن مات عن أب وأم وخمس بنات أو خمسة أبناء، المسألة الفرضية تكون من (٦) وتصح من (١٢) للأبوين السدس (٢/١٢) لكل واحد سهم ولكل ابن أو بنت سهمان (٢/١٢).[2]

---

[1] المادة ١١٨٨ المدني العراقي النافذ.

[2] المادة ١١٩٢ المدني العراقي.

٧- إذا اجتمع أحد الزوجين مع الفروع وأولادهم، فله الربع (٤/١) ويوزع الباقي (٤/٣) على أولاد أو أولادهم بالسوية.[1]

٨- القاعدة العامة في الإنتقال ان الأولاد وأولاد الأولاد وإن نزلوا يُعتبرون بمثابة العصبات بالنفس في الميراث يوزع حق التصرف كله أو الباقي بعد نصيب الأبوين وأحد الزوجين عليهم بالتسوية، سواء كانوا ذكورا فقط أو إناثا فقط، أو ذكورا وإناثا معا. وسواء كانوا أولادا أو أولاد أولاد أو كانوا أولادا مع أولاد الأولاد، توفي أبوهم أو أمهم قبل وفاة المتصرف، ففي حالة عدم وجود أحد الأبوين أو أحد الزوجين يكون اصل المسألة الفرضية عدد رؤوسهم كما في العصبات بالنفس في الميراث ومع وجود أحد الأبوين أو كليهما، أصل المسألة يكون من (٦) مقام نصيب أحد الأبوين أو كليهما، ومع أحد الزوجين يكون من (٤) مقام نصيب أحدهما، ويوزع الباقي على كل من يكون في الدرجة الأولى من الأولاد وأولاد الأولاد وإن نزلوا، ما لم يحجب بعضهم بعضا.

التطبيقات:

الورثة:	ابن	بنت
الفروض	٢/١	٢/١
الأسهم	١	١

الورثة	ابن (ابن متوفى)	بنت (بنت متوفاة)
الفروض	٢/١	٢/١
الأسهم	١	١

الورثة	ابن	بنت	ابن بنت متوفاة	ابن (ابن متوفى)
الفروض	٤/١	٤/١	٤/١	٤/١
الأسهم	١	١	١	١

الورثة	أب وأم	أبناء أو أبناء (ابن المتوفى) (٥) أو بنات (بنت المتوفاة) (٥)
الفروض	٦/١	٦/٥
الأسهم	١	لكل واحد سهم (٦/١)

[1] المادة ١١٩٣ المدني العراقي.

الورثة	أب وأم	ابن	ابن (ابن متوفى)	بنت	ابن(بنت متوفاة)	بنت (بنت متوفاة)
الفروض	٦/١	٦/١	٦/١	٦/١	٦/١	٦/١[1] قبل التصحيح
الأسهم	١	١	١	١	١	١

الورثة	زوج (أو زوجة)	ابن	بنت	ابن بنت متوفاة
الفروض	٤/١	٤/١	٤/١	٤/١
الأسهم	١	١	١	١

ثانيا- أصحاب حق الإنتقال من الدرجة الثانية:

الدرجة الثانية-من الورثة في حق الإنتقال- عبارة عن ابوي المتصرف وإخوته وأخواته وأولادهم ذكورا وإناثا وإن نزلوا، غير أن الأبوين يجتمعان مع الدرجة الأولى والثانية أيضا، وهما في الحقيقة لا يُعدان ضمن الدرجات كالزوجين.

ويتم حق الإنتقال إلى الورثة من الدرجة الثانية وفق المعايير والضوابط الآتية:

١- إذا اجتمع الأبوان مع فروعهما (إخوة وأخوات المتصرف وأولادهم)، يحجب الأبوان فروعهما، كحجب الإبن والبنت لفروعهما وهما على قيد الحياة، وينحصر حق الإنتقال فيهما مناصفة.

الورثة	أب	أم	إخوة أو أخوات أو أولادهم
الفروض	٢/١	٢/١	م
الأسهم	١	١	لا شيء

٢- إذا مات أحد الأبوين قبل موت المتصرف ولم يكن له فروع أو فروع الفروع، ينتقل نصيبه كاملا للآخر الذي هو على قيد الحياة، إذا لم يجتمع معه أحد الزوجين، وإلا فللزوج أو الزوجة النصف والباقي لمن هو على قيد الحياة من الأب أو الأم.

٣- إذا مات المتصرف عن أب أو أم ولم يكن له وارث من الدرجة الأولى ولم يكن للمتوفى من أحد الأبوين فرع أو فرع فرع، ينحصر فيه حق الإنتقال.

---

[1] أصل المسألة (٦) وتصح من (١٢) لأن نصيب الوالدين سهم واحد (٦/١) لا يقبل القسمة عليهما، فيضربان في اصل المسألة (٢×٦=١٢) لكل واحد من الأبوين ١٢/١، ولكل واحد من البقية ١٢/٢.

٤- إذا مات المتصرف عن زوج أو زوجة مع أب أو أم ولم يكن له أحد من الدرجة الأولى ولا للمتوفى من أحد الأبوين فرع أو فرع الفرع، يكون لأحد الزوجين النصف[1] والباقي لمن هو على قيد الحياة من أب وأم.

الورثة	زوج أو زوجة	أب أو أم
الفروض	٢/١	٢/١
الأسهم	١	١

٥- إذا مات أحد أبوي المتصرف قبله وله فرع أو فرع الفرع، ينتقل نصيبه إليه كاملا، وإذا كان معهم أحد الزوجين، فله النصف.

الورثة	أب	ابن أو بنت لأم متوفاة
الفروض	٢/١	٢/١
الأسهم	١	١

الورثة	زوجة	أم وابن أو بنت لأب متوفى	
الفروض	٢/١	ق	مناصفة
الأسهم	١	١	

يكون أصل المسالة (٢) وتصح من (٤)، للزوجة (٤/٢) وللأم (٤/١) ولفرع الأب المتوفى (٤/١).

٦- إذا مات أبوا المتصرف في حياته ولهما أو لأحدهما فروع، ينتقل نصيبهما إلى فروعهما أو فروع أحدهما وهم إخوة وأخوات المتصرف أو أولادهم ذكورا أو إناثا.

الورثة	أخ	أخت
الفروض	٢/١	٢/١
الأسهم	١	١

الورثة	زوجة	اخت أو أخ
الفروض	٢/١	٢/١

[1] المادة (١١٩٣) من المدني العراقي: "إذا اجتمع الزوج أو الزوجة مع أصحاب حق الإنتقال من الدرجة الأولى، كان نصيبه الربع، وإذا اجتمع مع أصحاب حق الإنتقال من الدرجة الثانية أو مع الجد والجدة، كان نصيبه النصف.

الورثة	زوج	ابن اخ. بنت أخت	
الفروض	١/٢	ق	أصل المسألة(٢) وتصح من(٤)
الأسهم	٢	١ ١	

٧- فرع كل من مات قبل موت المتصرف يحل محله ويأخذ ما كان يستحقه لو كان على قيد الحياة بعد موت المتصرف.

الورثة	ابن (أخ متوفى)	ابن (أخت متوفاة)
الفروض	١/٢	١/٢
الأسهم	١	١

الورثة	زوجة	ابن (أخت متوفاة). بنت (أخت المتوفاة)	
الفروض	١/٢	ق	أصل المسألة ٢ وتصح من ٤
الأسهم	٢/٤	٢/٤ لكل واحد ١/٤	

٨- يستنتج مما سبق أن لأبوي المتصرف ثلاث حالات:

أ- إذا كانا وحدهما فيأخذان جميع المال (حق التصرف) وإذا كان أحدهما موجودا وحده فله الجميع.

ب- إذا كانا مع فروع المتصرف أو فروع فروعه، فلهما السدس مناصفة بينهما، والباقي للفروع أو فروع الفروع. وإذا انفرد أحدهما يأخذ السدس وحده والباقي للبقية.

ج- وإذا اجتمعا مع أحد الزوجين، فلهما الباقي بعد نصيبه وهو النصف، فيقسم النصف الباقي بينهما مناصفة، وإذا اجتمع أحدهما مع أحد الزوجين فالمال بينهما مناصفة.[1]

ربِّ زدني علماً وألحقني بالصالحين

---

[1] م١١٩٢ المدني.

المراجع

١- القرآن الكريم وتفاسيره.
٢- الحديث الشريف وشروحه.
٣- الفقه الإسلامي:
* الفقه الجعفري:
أ- الإختيار لتعليل المختار، للإمام أبي عبدالله محمد بن مودود بن محمود أبي الفضل مجدالدين الموصلي (ت-٦٨٣هـ)
ب- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للعلامة الفقيه علاء الدين ابي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي (ت-٥٨٧هـ). مطبعة الإمام، القاهرة.
ج- رد المحتار لخاتمة المحققين محمدأمين الشهير بابن عابدين، على الدر المختار شرح تنوير الأبصار. الطبعة الثانية- مطبعة مصطفى البابي ١٩٦٦م.
د- شرح فتح القدير للإمام كمال الدين محمد بن عبدالواحد السيواسي، ثم السكندري المعروف بابن الهمام الحنفي (ت-٦٨١هـ) على الهداية شرح بداية المبتدي لشيخ الإسلام برهان الدين علي بن أبي بكر المرغيناني (ت-٥٩٣هـ). مطبعة مصطفى البابي/ القاهرة.
* الفقه المالكي:
أ- الخرشي على مختصر سيدي خليل مع هامشه حاشية الشيخ العدوي، دار صادر/ بيروت.
ب-المنتقى شرح الموطأ إمام دار الهجرة سيدنا الإمام مالك بن أنس (رحمه الله)، تأليف القاضي ابي الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب بن وارث الباجي الأندلسي (٤٠٣-٤٩٤هـ). الطبعة الأولى ١٣٣١هـ. مطبعة السعادة/ القاهرة.
ج- بلغة السالك لأقرب المسالك للشيخ أحمد الصاوي وشرح الصغير للشهير سيدي أحمد الدردير، توزيع دار الفكر/ بيروت.
د- حاشية الدسوقي للشيخ محمد عرفة والشرح الكبير لأبي البركات سيدي أحمد الدردير، ط ، عيسى البابي الحلبي.
هـ- الشرح الصغير للقطب الشهير سيدي أحمد الدردير مع بلغة السالك لأقرب المسالك، للشيخ أحمد الصاوي، توزيع دار الفكر/ بيروت.
* الفقه الشافعي:
أ- المهذب للإمام أبي اسحاق ابراهيم بن علي بن يوسف الفيروز آبادي الشيرازي. مطبعة عيسى البابي.

ب- الأنوار لأعمال الأبرار للعالم الفاضل والإمام يوسف الأردبيلي/ مؤسسة الحلبي/ القاهرة.
ج- مغني المحتاج إلى معرفة معاني الفاظ المنهاج، شرح الشيخ محمد الشربيني الخطيب، على متن المنهاج لأبي زكريا يحيى بن شرف النووي. مطبعة مصطفى محمد/ القاهرة.

* الفقه الحنبلي:

- المغني لأبن قدامة الإمام أبي محمد عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامة (ت ٦٣٠هـ) على مختصر أبي القاسم عمر بن حسين بن عبدالله بن أحمد الخرقي. نشر مكتبة الجمهورية العربية.

* الفقه الجعفري:

أ- كتاب الخلاف في الفقه للشيخ الإمام أبي جعفر محمد بن الحسن بن علي الطوسي. مطبعة تابان/ طهران.
ب- الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية للشهيد السعيد زين الدين الجبعي العاملي.
ج- ايضاح الفوائد شرح اشكالات القواعد، للشيخ أبي طالب محمد بن الحسن ابن يوسف الحلي، ط/١٣٨٩هـ.

* الفقه الزيدي:

- التاج المذهب.

* الفقه الأباضي:

- شرح النيل وشفاء العليل للشيخ محمد بن يوسف اطفيش، المطبعة السلفية.

* الفقه الظاهري:

- المحلى للإمام أبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم (ت-٤٥٦هـ) منشورات المكتب التجاري للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت.

٤- قوانين الأحوال الشخصية:

أ- قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ وتعديلاته.
ب- قانون الوصية المصري رقم (٧١) لسنة ١٩٤٦ النافذ وشرحه للأستاذ محمد الحسيني حنفي.
ج- قانون الأحوال الشخصية السوري رقم (٣٤) لسنة ١٩٧٥ النافذ.
د- مجلة الأحوال الشخصية التونسية لسنة ١٩٥٦ النافذ.
هـ- مدونة الأحوال الشخصية المغربية لسنة ١٩٥٧ النافذ.
و- مشروع القانون العربي الموحد للأحوال الشخصية.

٥- القوانين المدنية:

أ- القانون المدني العراقي النافذ رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١.
ب- مشروع القانون المدني العراقي الجديد.